

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**El acto administrativo y el acceso a la jurisdicción
contencioso administrativa en Panamá**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carlos Gasnell Acuña

Directores

Fernando González Botija
Rafael Caballero Sánchez

Madrid, 2015

Universidad Complutense de Madrid
Departamento de Derecho Administrativo



Título de la Tesis Doctoral:

**EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN PANAMÁ**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR: Carlos Gasnell Acuña

Bajo la Tutela Académica del Dr. Fernando González Botija
y el Dr. Rafael Caballero Sánchez

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Departamento de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho

Línea de investigación: Problemas actuales del Derecho Administrativo

Memoria para optar al grado de Doctor

**TÍTULO: EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN PANAMÁ**

Presentada por: Carlos Gasnell Acuña

**Bajo la Tutela Académica del Dr. Fernando González Botija y el Dr. Fernando
Caballero Sánchez**

DEDICATORIA

A mi esposa Maripaz Vindas, que estuvo a mi lado, desde que empezó esta aventura académica, apoyándome siempre, a pesar de los sacrificios que este esfuerzo ha conllevado.

A mi pequeño Nicolás, cuyo llanto me acompañó durante muchas de las madrugadas dedicadas a esta investigación, y que algún día entenderá por qué muchos fines de semana no pude estar con él. Espero compensarlo siendo siempre un buen ejemplo para él.

A mis padres, ambos profesores, que me dieron educación, y me legaron su disciplina y cariño por lo académico.

A mis hermanos, que estuvieron siempre pendientes de que llegara al final del camino.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Fernando González Botija, por su apoyo constante, y por incentivar-me a escribir sobre este tema como un aporte a la discusión y debate sobre la figura del acto administrativo y la futura reforma del sistema de acceso al contencioso administrativo en Panamá.

Al Dr. Fernando Caballero Sánchez por sus observaciones y recomendaciones.

A la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana, Capítulo Panameño de Transparencia Internacional y su personal, quienes siempre estuvieron pendientes de la culminación de este proyecto.

A la Universidad Santa María la Antigua (USMA) que me brindó la oportunidad de poder transmitir lo que he aprendido en materia de derecho administrativo.

INDICE GENERAL	
Introducción.....	11
Abstract.....	23
Capítulo I. El acto administrativo y su relación con el contencioso Administrativo.....	27
Título I. Antecedentes y evolución del concepto de acto administrativo y su relación con la justicia administrativa.....	27
A. El origen del concepto y su relación histórica con el acceso a la justicia administrativa.....	27
B. Evolución del concepto de acto administrativo y su vinculación con el acceso al contencioso administrativo.....	30
C. Tipologías del concepto de acto administrativo relacionadas con el acceso al contencioso administrativo.....	32
1. El concepto material y el concepto procesal de acto administrativo.....	32
a. El concepto sustantivo o material de actos administrativo.....	33
b. El concepto procesal de acto administrativo.....	34
2. El concepto amplio y restringido de acto administrativo.....	35
a. El concepto amplio de acto administrativo.....	36
b. El concepto restringido de acto administrativo.....	37
D. El concepto de acto administrativo en diferentes legislaciones.....	38
E. El concepto de acto administrativo en la legislación panameña.....	48
1. El concepto de la Ley 38 de 2000 de procedimiento administrativo frente al contenido de la Ley 135 de 1943. Reguladora de lo contencioso administrativo.....	49
a. Declaración emitida o acuerdo de voluntad.....	51
b. Celebrado conforme a derecho por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado.....	53
c. Para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica.....	53
d. Que en algún aspecto queda regida por el derecho administrativo.....	56
Título II. El acto administrativo como objeto del proceso contencioso administrativo.....	58
A. El tránsito hacia las pretensiones sobre las actuaciones administrativas como objeto del proceso.....	59
B. La desvinculación del “contencioso al acto administrativo”.....	61
C. Otras formas de manifestación de la Administración y el acceso al contencioso administrativo.....	62
1. Los derechos subjetivos, los intereses legítimos, la relación jurídico-administrativa y la tutela judicial efectiva como base de la discusión.....	66
a. La relación jurídico-administrativa.....	67
b. Los derechos subjetivos y su tutela frente a la Administración.....	70
c. La protección de los intereses legítimos.....	71
d. La tutela judicial efectiva.....	72
e. Otras formas de manifestación de la Administración.....	74
1) El silencio administrativo como solución inacabada.....	75

a) Antecedentes y naturaleza jurídica.....	75
b) La insuficiencia del silencio administrativo para hacer Frente a los intereses legítimos o restablecer los Derechos subjetivos de los administrados.....	78
2) La inactividad de la Administración.....	79
3) Los hechos administrativo o vías de hecho.....	83
4) La discrecionalidad administrativa.....	84
5) La actividad reglamentaria.....	86
6) Los registros electrónicos y las publicaciones oficiales o cuasioficiales en medios electrónicos.....	88
7) El derecho blando o “soft law”.....	90
8) Los otros actos administrativos.....	92
f. Hacia la constitucionalización del acceso al contencioso administrativo.....	94
Capítulo II. El acto administrativo frente a diferentes modelos de acceso a la justicia contencioso administrativa.....	98
Título I. El modelo español: del contencioso objetivo, revisor de actos administrativos al contencioso subjetivo basado en la pretensión sobre las actuaciones administrativas.....	103
A. El diseño constitucional de las garantías y el acceso a la justicia administrativa en España.....	104
B. El modelo actual de acceso a la justicia contencioso administrativa en España.....	107
1. Antecedentes.....	107
2. La ruptura de la LJCA de 1998 con el carácter revisor de los actos administrativos.....	111
C. Entre avances y críticas al actual modelo de acceso al contencioso administrativo. (La posición del acto administrativo).....	116
Título II. El modelo adoptado por Costa Rica: más allá de la pretensión sobre los actos, omisiones e inactividad de la Administración. La desvinculación del contencioso administrativo al acto administrativo.....	149
A. Evolución histórica.....	149
B. Las conductas administrativas objeto del proceso contencioso administrativo costarricense en el nuevo CPCA.....	156
1. Las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia, inexistencia o contenido.....	157
2. El control del ejercicio de la potestad administrativa.....	159
3. Los actos administrativos, ya sean finales, definitivos o de trámite, con efecto propio.....	160
4. Las actuaciones materiales de la Administración Pública.....	162
5. Las conductas omisivas de la Administración Pública.....	162
6. Cualquier otra conducta sujeta al derecho administrativo.....	164
C. Un nuevo abanico de pretensiones.....	165
D. El nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo y su acogida en la jurisprudencia.....	170
1. Artículo 36 a) Las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia,	

inexistencia o contenido.....	175
2. Artículo 36 e) Las conductas omisivas de la Administración Pública.....	178
a. Inactividad formal vs material en la jurisprudencia.....	179
b. Control de la inactividad formal y material.....	183
c. El amparo de legalidad y el derecho a una justicia pronta y cumplida.....	201
3. Artículo 36 f) Cualquier otra conducta sujeta al Derecho administrativo.....	204
E. Entre elogios y críticas al modelo adoptado (relacionadas fundamentalmente con el papel del acto administrativo y la superación del carácter revisor).....	207
Título III. Colombia. Un nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con un nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo.....	217
A. La tutela judicial efectiva y el acceso al contencioso administrativo en Colombia. La razón de la reforma.....	222
B. El objeto del contencioso administrativo en el nuevo código (La nueva posición del acto administrativo).....	225
1. El acto administrativo dentro del nuevo objeto de la jurisdicción contencioso administrativa.....	234
2. El control de las omisiones y la inactividad administrativa en la legislación colombiana.....	238
3. La modificación del esquema de pretensiones.....	241
a. Nulidad por inconstitucionalidad.....	245
b. Control inmediato de legalidad.....	245
c. Nulidad.....	246
d. Nulidad y restablecimiento del derecho.....	250
e. La nulidad electoral.....	255
f. La reparación directa.....	255
g. Cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o de actos administrativos.....	256
h. Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción.....	258
i. Reparación de los perjuicios causados a un grupo.....	258
j. Las controversias contractuales.....	259
k. Otras pretensiones.....	260
C. Críticas al nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo de la Ley 1437 de 2011.....	262
Capítulo III. El acto administrativo en Panamá y el acceso al contencioso administrativo.....	261
Título I. Antecedentes históricos y evolución del acceso al contencioso administrativo en Panamá antes de la era republicana.....	264
A. De los primeros actos y disposiciones administrativas panameñas y sus mecanismos de control de la legalidad.....	265
B. Análisis de la jurisprudencia sobre las disposiciones y actos administrativos antes de la República.....	276
Título II. El Acto Administrativo y el acceso a la justicia contencioso administrativa en la evolución	

constitucional y legal panameña.....	284
A. La Constitución Política de 1904.....	284
B. En la Constitución Política de 1941.....	286
C. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo en la Ley 135 de 30 de abril de 1943.....	288
D. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo en la Constitución Política de 1946.....	291
E. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo en la Ley 33 de 1946.....	294
F. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo dentro del acto legislativo N°2 de 24 de octubre de 1956.....	299
G. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo en la Constitución Política de 1972.....	301
Título III. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo dentro del actual contexto constitucional y legal panameño.....	307
A. Aspectos generales.....	307
B. Acto administrativo y procedimiento administrativo.....	317
C. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo. El carácter revisor en la actualidad.....	324
Título IV. Acto administrativo, silencio administrativo, inactividad de la Administración y acceso al contencioso administrativo.....	328
A. Omisión e inactividad administrativa.....	329
B. La inactividad administrativa en la legislación panameña.....	336
1. Falta de reunión de un Órgano decisor.....	336
2. Falta de informes o conceptos favorables.....	337
3. Inactividad reglamentaria.....	339
4. Pago de intereses moratorios.....	340
5. Necesidad de actuaciones o actos interlocutorios.....	341
6. Designación de servidores públicos.....	341
C. Las omisiones y la inactividad de la Administración en la jurisprudencia panameña.....	343
Título V. Acto administrativo, tutela judicial efectiva y acceso al contencioso administrativo.....	357
A. La tutela judicial efectiva y su raigambre constitucional o convencional.....	357
B. La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Un esfuerzo por superar el carácter revisor.....	367
1. Tutela judicial efectiva y flexibilización de requisitos para el acceso al contencioso administrativo a través del recurso de plena jurisdicción.....	370
2. Actos definitivos, actos de mero trámite y tutela judicial efectiva.....	376
a. En materia de contratación administrativa.....	378
1) Sobre la declaratoria de desierto en los actos públicos de selección de contratistas.....	381

2) Con relación a la precalificación de contratistas.....	387
3) Sobre el Pliego de Cargos.....	391
4) La inhabilitación del contratista como acto independiente recurrible.....	394
5) Con relación a la contratación a través de procedimientos excepcionales. (contrataciones directas).....	397
a. En materia de administración de personal y reconocimiento de sus derechos legítimos.....	400
b. Los actos de comunicación y su acceso al contencioso administrativo.....	401
c. Las respuestas a consultas ¿actos de mero trámite simples, cualificados, o meras opiniones?.....	406
C. Recursos de nulidad vs plena jurisdicción y tutela judicial efectiva. La naturaleza del acto o disposición administrativa.....	410
1. Excepciones en casos relacionados con adjudicaciones de tierras por parte de la Dirección Nacional de Reforma Agraria.....	424
2. Excepciones en materia de Contratación Administrativa.....	425
3. Excepciones en materia de registro de la propiedad intelectual.....	428
4. Excepciones en materia de regulación de servicios públicos.....	429
5. Excepciones en materia de urbanismo y ordenamiento territorial.....	434
D. Tutela judicial efectiva y “los otros actos administrativos”	436
Título VI. La necesidad de superar el carácter revisor de actos administrativos (Una propuesta de reforma).....	442
A. Un modelo revisor de actos administrativos previos que requiere reformas.....	442
B. El acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en el Proyecto de Acto Constitucional de 2011.....	443
C. Una propuesta de reforma.....	448
Conclusiones.....	450
Recomendaciones.....	455
Bibliografía.....	457

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.R.I. Autoridad de la Región Interoceánica.

ASEP. Autoridad de los Servicios Públicos.

A.T.T.T. Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre de Panamá.

CONAI. Comisión Nacional de Asuntos Indígenas de Costa Rica.

C.C.A. Código Contencioso Administrativo de Colombia.

C.E.N.A. Consejo Económico Nacional.

C.P.C.A. Código Procesal Contencioso Administrativo Costarricense.

LJ de 1956. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956.

LJCA de 1998. Ley española de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998.

L.P.C. Ley de Procedimiento Común española. Ley 30/1992.

LRJ-PAC. Ley del Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común española.

LRBRL. Ley Reguladora de las Bases del Régimen Legal española (Ley 7 de 1985).

MOP. Ministerio de Obras Públicas.

PANI. Patronato Nacional de la Infancia.

PARLACEN. Parlamento Centroamericano.

REDA. Revista española de Derecho Administrativo.

TSJ de la Comunidad de Madrid. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

TSJ. Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia contencioso administrativa en Panamá está regulado por la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y por algunos artículos del Código Judicial de 1984. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por diseño constitucional (artículo 203 de la Constitución) conoce de la jurisdicción contencioso administrativa respecto a los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expida o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. Además está facultada para anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. La Constitución panameña también señala que podrán acogerse a la jurisdicción contencioso administrativa las personas afectadas por el acto, resolución orden o disposición de que se trate y en ejercicio de la acción pública cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.

Si bien la Ley 135 de 1943, desarrolla el recurso de plena jurisdicción para lograr la restitución del derecho particular violado, y el recurso de nulidad como acción pública, y el Código Judicial, las vías de hecho contra las actuaciones materiales de la Administración, entre otras muchas competencias (advertencias de ilegalidad, de inconstitucionalidad, entre otras), la mayoría de los recursos que conoce la Sala Tercera son acciones de plena jurisdicción, y el edificio del contencioso en nuestro caso está construido sobre la base de la existencia de un acto administrativo y la posibilidad de su anulación. En consecuencia, podemos señalar que el recurso de plena jurisdicción en Panamá recae fundamentalmente sobre actos administrativos expresos o presuntos, donde en la mayoría de los casos, se solicita su anulación y la restitución del derecho particular violado, lo que conlleva la posibilidad de obtener una

indemnización por los daños y perjuicios soportados, y en casos muy puntuales y excepcionales, obtener medidas condenas de carácter declarativo.

Al 2015, han transcurrido setenta (70) años desde la aprobación de la Ley que crea el contencioso administrativo en Panamá, la cual ha sido modificada solamente en una ocasión (a través de la Ley 33 de 1946). Hay quienes consideran que la doctrina jurisprudencial ha cumplido en gran medida su papel de actualizar la legislación a las nuevas tendencias, modelando su excesivo formalismo, y actuando también como un catalizador frente a sus vacíos, sin embargo considero que esto no ha sido, ni es suficiente para que la justicia administrativa se acomode a las nuevas realidades, ni el mejor camino para una legislación que debió reformarse hace mucho tiempo.

De manera que con esta tesis doctoral se persiguen varios objetivos: en primer lugar, estudiar el concepto de acto administrativo y su evolución como piedra angular de la justicia administrativa, por lo que vamos a delimitar conceptualmente lo que debe entenderse por acto administrativo tanto desde su función configuradora del actuar de la Administración sujeta al principio de legalidad, como en su condición de construcción histórica, doctrinal y jurisprudencial que permitió el acceso a lo contencioso administrativo cuando se dio en nacimiento del derecho administrativo. En segundo lugar, analizaremos brevemente otras manifestaciones de la Administración que pueden tener efectos jurídicos y afectar derechos subjetivos o intereses legítimos que pueden ser merecedoras de tutela judicial. En tercer lugar, estudiar otros modelos de acceso al contencioso administrativo que no descansen fundamentalmente en la existencia de actos administrativos y de la demanda de su nulidad como pretensión, y en último lugar analizaremos con profundidad el modelo panameño con sus aciertos, desaciertos y oportunidades de reforma, de modo que esto nos permita esbozar a grandes rasgos una propuesta de modificación del modelo de acceso al contencioso administrativo panameño tomando en cuenta los avances y aprendizajes de otros países sobre este tema, pero respetando la realidad panameña.

Entre las legislaciones y doctrina que vamos a estudiar con especial atención, se encuentra la española, la colombiana y la costarricense. Esta última representa un cambio radical de un modelo de contencioso al acto, a un modelo abierto en donde el acto administrativo sigue siendo protagonista del proceso contencioso administrativo,

pero rodeado de otras muchas situaciones jurídicas o conductas de la Administración que también pueden ser objeto de diferentes pretensiones cuando se da la vulneración del ordenamiento jurídico, afectando derechos subjetivos, o intereses legítimos.

En Panamá ante la falta de una Ley de Procedimiento Administrativo el concepto de lo que debía considerarse como acto administrativo o no, estaba subordinado únicamente a lo que indicaba de forma muy limitada la Ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de lo contencioso administrativo. El análisis jurisprudencial que realizamos en el capítulo tercero, a pesar de la referencia a algunas sentencias anteriores, parte del año 2000, periodo en que se aprobó la primera Ley de Procedimiento Administrativo en Panamá, donde se desarrolla un concepto de acto administrativo que ha servido más para alimentar la confusión sobre los actos susceptibles de ser impugnados ante el contencioso administrativo que para clarificar nuestro sistema de acceso a dicha jurisdicción.

En la primera década de este siglo (2000 – 2010) el reconocimiento del respeto a los derechos humanos, a través de la “tutela judicial efectiva” se fue incorporado a nuestra jurisprudencia de la Sala Tercera, y ha permeando el concepto de acto administrativo como base del acceso al contencioso administrativo. Sin embargo, todavía en Panamá, a pesar de la evolución jurisprudencial, no puede decirse que el proceso administrativo se sustenta en pretensiones sobre actuaciones administrativas. El proceso versa sobre actos administrativos, con todas las limitaciones que esto conlleva para el real ejercicio de los derechos ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Nuestro país ante la inminente reforma de la “Jurisdicción Contencioso Administrativa” que ya ha sido incluida en una propuesta de reforma constitucional encargada a un “Comité de Notables”, en el año 2011, ya dio el primer paso, pero vale la pena hacer el análisis de lo que más conviene en materia de justicia administrativa: una transición del acto como objeto del recurso contencioso administrativo a las pretensiones que versen sobre los actos administrativos como base del mismo, o dar el salto a un régimen abierto que no tenga al acto administrativo como punto de referencia para el

acceso a la justicia administrativa, sino un conjunto de pretensiones sobre actos, omisiones o cualquier tipo de conducta que pueda afectar derechos subjetivos o intereses legítimos.

La propuesta de dicha Comisión, que de seguro será estudiada si se da el proceso constituyente prometido por el actual Gobierno (2014-2019), mantiene el texto actual de la Constitución, pero con una variante. Se establece en un artículo que “podrán acogerse a la jurisdicción contencioso administrativa las personas afectadas por la omisión, el acto, resolución, norma, orden o disposición de tipo administrativo, de que se trate...La ley señalará las acciones ejercitables en el marco de la jurisdicción contencioso administrativa, que incluirán, entre otras, las siguientes: 1. Acción de nulidad; 2. Acción de plena jurisdicción; 3. Acción de reparación directa; 4. Acción de lesividad; y 5. Acción de cumplimiento.

Esperamos con esta investigación pueda ayudar al debate sobre cuál es el papel que debe jugar el acto administrativo tanto en el procedimiento administrativo como ante el contencioso administrativo, frente una eventual reforma de la Constitución y/o de la Jurisdicción contencioso administrativa.

Así tenemos que luego de haber presentado de forma introductoria los principales aspectos de contenido que pretendemos desarrollar mediante el presente trabajo, a continuación nos permitimos plantear, de una forma más esquemática, dichos objetivos y la forma que hemos elegido para cumplir lo más satisfactoriamente con los mismos.

I. Planteamiento del problema y situación actual

La jurisdicción contencioso administrativa en Panamá data del año 1943 y solamente ha sido reformada parcialmente en el año 1946. En el año 1972 se aprobó una nueva Constitución Política y a través de sus reformas se introdujeron cambios al acceso al contencioso administrativo que si bien no representan un avance al modelo revisor de actos administrativos, incluyen aspectos relacionados con el control de las omisiones que hubiese servido de base para un modelo de cambio de legislación con un esquema de acceso más amplio que el actualmente existente.

El acceso al contencioso administrativo en Panamá, descansa fundamentalmente en la existencia de actos administrativos expresos o presuntos, lo cual ha servido para controlar algunas omisiones antijurídicas de la administración, pero con todas las deficiencias que conlleva este mecanismo de control para los administrados, y con sus limitaciones frente a la inactividad de la Administración.

En ese sentido, el acceso a esta jurisdicción en Panamá es bastante rígido, debido a que siempre hay que encontrar un acto administrativo en la conducta de la Administración objeto de impugnación o fabricarlo a través del silencio administrativo negativo, lo cual limita enormemente las posibilidades de lograr una tutela plena de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los afectados por la conducta administrativa activa u omisiva.

La jurisprudencia panameña ha tratado de estirar el concepto de acto administrativo so pretexto de aplicación de la tutela judicial efectiva, para garantizar un mayor acceso, pero el propio contenido de la normativa limita la posibilidad de una real protección, desfigurando en ocasiones el concepto de acto administrativo, tanto en su sentido amplio como estricto.

La Constitución Política panameña y la normativa sobre el acceso al contencioso administrativo que la desarrolla, adolecen de un sistema de pretensiones que permita mayor congruencia entre lo solicitado y los resultados esperados con la sentencia, siendo prácticamente la regla la demanda de nulidad del acto administrativo o la negativa tácita por silencio administrativo, con la correspondiente solicitud de restitución del derecho particular vulnerado y la indemnización por los daños y perjuicios, lo cual no aplica como solución frente a todas las acciones u omisiones antijurídicas de la Administración.

La reforma de la ley que regula la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá y la revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo, es inminente, por lo que se requiere debatir sobre qué modelo es el mejor para nuestro país, y para ello es fundamental delimitar claramente cuál debe ser el objeto del contencioso administrativo.

Para ello, estudiamos los modelos de acceso al contencioso administrativo de España, Colombia y Costa Rica, los cuales han superado el carácter revisor del contencioso administrativo y el recurso al acto administrativo, representando diferentes estadios y perspectivas en lo que al acceso al contencioso se refiere.

II. Formulación del problema

Entre las preguntas que nos gustaría contestar con esta investigación doctoral están las siguientes:

¿Cuál ha sido el papel que ha jugado el concepto de acto administrativo a lo largo de la historia y en diferentes legislaciones, fundamentalmente de Latinoamérica y España en la delimitación del acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, donde realmente reside la justicia administrativa?, ¿Cuál es el papel que debe jugar el concepto de acto administrativo una vez superada la jurisdicción revisora de actos administrativo, y sustituida por jurisdicciones plenas basadas en la pretensión procesal y en el respeto de los derechos subjetivos, y el reconocimiento de intereses legítimos? ¿Qué modelos de acceso al contencioso administrativo representan una opción para Panamá en su camino de superación del carácter revisor de su contencioso administrativo basado fundamentalmente en el acto administrativo y en el modelo impugnatorio – anulatorio – indemnizatorio? ¿Cuál ha sido la evolución que ha tenido el sistema de acceso al Contencioso Administrativo en Panamá de la mano de la jurisprudencia? ¿Son suficientes los ajustes que se han llevado a cabo por la Jurisprudencia en Panamá o es urgente llevar a cabo una reforma integral de la jurisdicción contencioso administrativa, para delimitar debidamente su objeto, sobre la base de modelos más abiertos abandonando el carácter revisor de actos administrativos, mientras se lleva a cabo una reforma constitucional?

III. Delimitación

En esta investigación doctoral nos circunscribimos al estudio del concepto de acto administrativo en la Ley panameña, y de manera comparada, el de España, y de algunas legislaciones latinoamericanas, y el papel que ha jugado el mismo en el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. De igual manera estudiamos

tres modelos de acceso al contencioso administrativo que han superado el carácter revisor de actos administrativos en diferentes grados, y en último lugar realizaremos un recorrido por el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá, definida en su Constitución Política, la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, el Código Judicial, y fundamentalmente a través de la doctrina contenida en más de diez años de jurisprudencia.

IV. Justificación

A. Importancia

La justicia administrativa es fundamental en un Estado de Derecho. De modo que es necesario que las normas que regulan el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa cumplan con su misión de garantizar de manera plena el respeto de los derechos subjetivos e intereses legítimos que pueden resultar vulnerados por la Administración. La legislación panameña que garantiza este acceso es anacrónica y hasta la fecha hay muy pocos estudios críticos sobre el Contencioso Administrativo en nuestro país. El último, es la obra de Eduardo Morgan Jr. Sobre los Recursos Contencioso Administrativo de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño, la cual data de 1982, sin embargo, cabe destacar que no existe hasta la fecha ningún estudio o monografía, sobre la figura del acto administrativo, o su relación con el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

B. Aporte

Un documento que contenga un análisis conceptual profundo sobre el acto administrativo y su papel dentro del contencioso administrativo, y un estudio de derecho comparado de diferentes sistemas de acceso al mismo, junto con un análisis de la jurisprudencia reciente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, representa un insumo importante en la eventual discusión que se dará sobre la reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá. Igualmente podría servir de insumo para otros estudios sobre la materia.

En ese sentido, y con la intención de concretizar más nuestros objetivos, nos hemos permitido agregar algunas recomendaciones puntuales, en la parte final de este trabajo de investigación.

V. Hipótesis general

La jurisdicción contencioso administrativa en Panamá, fundamentalmente revisora de actos administrativos previos, debe ser sustituida por una jurisdicción plena que represente una garantía frente a la violación de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos. Actualmente en Panamá no existen cauces procedimentales claros para atacar las omisiones y la inactividad de la Administración, u otras manifestaciones que no estén representadas de manera clara por un acto administrativo en su sentido procesal o por un silencio de la Administración. A pesar de que la jurisprudencia ha tratado, sobre la base de la tutela judicial efectiva y el reconocimiento de actos administrativos en su sentido amplio, esto más que solucionar el problema ha generado más inseguridad jurídica.

El estudio de otros modelos de acceso al contencioso administrativo alejados del modelo anulatorio - impugnatorio de actos administrativos, y de un análisis profundo de las carencias de nuestra legislación a través del estudio de la doctrina jurisprudencial, pueden sentar las bases para el debate sobre cuál debe ser el objeto del contencioso administrativo en Panamá, lo cual consideramos debe ser el punto de partida o la base de cualquier reforma que se vaya a llevar a cabo en nuestro país.

VI. Objetivos del estudio

A. Objetivos generales

- Describir el origen y la naturaleza jurídica del acto administrativo y su relación con el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa.
- Identificar el papel que juega el acto administrativo en el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá.

- Identificar otras formas de manifestación de la Administración distintas al acto administrativo, así como delimitar qué debe entenderse por derechos subjetivos, intereses legítimos, y analizar los límites de la relación jurídico – administrativa.
- Identificar y analizar diferentes modelos de acceso al contencioso administrativo que han superado el carácter revisor de actos administrativos, que pueden servir de orientación para una eventual y futura reforma de la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá.
- Analizar el modelo de acceso al contencioso administrativo en Panamá a partir del análisis de más diez años de jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Proponer una reforma al modelo de acceso al contencioso administrativo en Panamá sobre la base de los diferentes modelos estudiados, y las conclusiones obtenidas sobre el modelo panameño.

B. Objetivos específicos

- Demostrar que si bien, el acto administrativo es la figura fundamental que sirvió de base para la construcción del derecho administrativo, puede tener una misión distinta dentro del derecho administrativos que servir como el parámetro delimitador del acceso a la jurisdicción contencioso administrativa.
- Identificar dentro de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946, la Ley de Procedimiento Administrativo y el Código Judicial, el concepto de acto administrativo, su naturaleza y su relación con el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá.
- Identificar cual es la tendencia y la relación del acto administrativo con el contencioso administrativo en el derecho comparado.
- Identificar modelos que puedan servir de orientación al esquema panameño de acceso al contencioso administrativo.
- Estudiar diferentes modelos de acceso al contencioso administrativo que representan diferentes grados o estadios de desvinculación al carácter revisor de actos administrativos del contencioso administrativo.
- Estudiar la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en relación con el acceso al contencioso administrativo en Panamá, para determinar el grado de vinculación del acto administrativo a dicho acceso.

- Identificar dentro de la interpretación jurisprudencial panameña aspectos importantes, vacíos y contradicciones, que pueden servir para el debate sobre la reforma del actual modelo de acceso al contencioso administrativo en Panamá.
- Analizar las propuestas de reforma existentes hasta la fecha.
- Proponer alternativas frente al modelo actualmente existente en Panamá.

VII. Marco metodológico

A. Tipo de investigación

Este esfuerzo investigativo, en el primer capítulo, parte de un breve análisis histórico de los antecedentes del acto administrativo dentro del derecho administrativo como figura que sirvió originalmente para delimitar el acceso al contencioso administrativo, para luego, desde una perspectiva descriptiva, cualitativa y comparativa determinar cuál es la situación en Panamá.

En el segundo capítulo utilizamos, fundamentalmente como fuente de nuestro análisis, el derecho comparado, luego de identificar tres modelos distintos de acceso al contencioso administrativo que representan la superación del carácter revisor, pero en diferentes grados de desvinculación de dicho carácter. Para estudiar el modelo español nos enfocamos fundamentalmente en un análisis descriptivo del debate existente sobre la adopción de un concepto amplio o restringido del acto administrativo y el abandono total o no del carácter revisor por parte de la doctrina jurisprudencial, luego de la aprobación de la LJCA de 1998. En el caso de Colombia, también hacemos un análisis descriptivo de la norma y de los avances que experimentó el acceso al contencioso administrativo con la aprobación de la Ley 1437 de 2011, mientras que en el caso de Costa Rica, por representar un giro radical en cuando al abandono del carácter revisor y la desvinculación al acto administrativo, llevamos a cabo un análisis descriptivo de su normativa, y de la jurisprudencia destacada en relación con los distintos tipo de pretensiones. Adicionalmente, utilizamos entrevistas de campo para verificar la opinión de expertos sobre la evolución experimentada.

En el tercer capítulo hacemos un breve análisis histórico de la evolución del papel que ha jugado el acto administrativo en la jurisdicción contencioso administrativa panameña y nos adentramos en el análisis de la doctrina jurisprudencial de una de sus Salas para determinar cómo ha evolucionado este carácter revisor a través fundamentalmente de la adopción del principio de tutela judicial efectiva, en un esfuerzo de ampliar el objeto del contencioso, pero sobre la base de supuestos que más que clarificar, desdibujan la figura del acto administrativo, y evidencian la necesidad de reforma integral que requiere todo el sistema.

B. Limitaciones

Las principales limitaciones que enfrentamos para la realización de esta investigación fueron las siguientes:

- Inexistencia de doctrina que analice la naturaleza jurídica del acto administrativo en Panamá.
- Falta de doctrina reciente sobre la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá que desarrolle el tema del objeto del contencioso administrativo con espíritu crítico, que sirviera como base para profundizar, a partir de allí, en nuestra investigación.
- Ausencia de foros y debates donde se discutan periódicamente estos temas.
- Falta de publicaciones que contengan análisis jurisprudenciales sobre las decisiones de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, salvo el esfuerzo del Departamento de Investigación Jurídica de la Universidad Santa María la Antigua que ha publicado extractos jurisprudenciales de esta Sala del año 2000 al 2002, aunque tienen proyectado publicarlos hasta el año 2010.
- Las dificultades que conlleva hacer un análisis comparativo de figuras y legislaciones distintas.
- La falta de acceso a literatura jurídica sobre la materia en Panamá, lo que nos obligó a realizar viajes a Costa Rica, llevar a cabo compras por internet, y visitar España en varias ocasiones para actualizar la información con la que originalmente contábamos al inscribir la tesis en el año 2007.

- La falta de estadística consolidada sobre el acceso al contencioso en Panamá, que nos obligó a revisar los libros de entrada y salida de la Sala Tercera para obtener algunas conclusiones sobre niveles de litigiosidad.
- Lo complejo de compatibilizar trabajo, familia y responsabilidades académicas con la realización de una investigación doctoral en un país donde son casi inexistentes las licencias, becas y fondos para investigación jurídica.

ABSTRACT

I. INTRODUCTION

El acceso a la justicia contencioso administrativa en Panamá está regulado por la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, y por algunos artículos del Código Judicial de 1984. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por diseño constitucional conoce de la jurisdicción contencioso administrativa respecto a los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expida o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. Además está facultada para anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. La Constitución panameña también señala que podrán acogerse a la jurisdicción contencioso administrativa las personas afectadas por el acto, resolución orden o disposición de que se trate y en ejercicio de la acción pública cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.

Como se puede observar el acceso contencioso administrativo en Panamá, descansa fundamentalmente en la existencia de actos administrativos y su posibilidad de anulación. Si bien la Ley 135 de 1943, desarrolla el recurso de plena jurisdicción para lograr la restitución del derecho particular violado, y el recurso de nulidad como acción pública, mientras que el Código Judicial, las vías de hecho contra las actuaciones materiales de la administración, entre otras competencias, la mayoría de los recursos que conoce la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en Panamá, son acciones de plena jurisdicción, donde se requiere de la existencia de un acto administrativo expreso o presunto, para solicitar como pretensión, su anulación. En consecuencia, podemos señalar que el recurso de plena jurisdicción en Panamá es un recurso contra actos administrativos donde en la mayoría de los casos, se solicita su anulación y la restitución del derecho particular violado lo que conlleva la posibilidad de solicitar una indemnización por los perjuicios causados.

A 2015, han transcurrido setenta (70) años desde la aprobación de la Ley que crea el contencioso administrativo en Panamá, la cual ha sido modificada solamente en una ocasión (a través de la Ley 33 de 1946). Hay quienes consideran que la doctrina jurisprudencial ha cumplido en gran medida su papel de modelar su excesivo formalismo y ha actuado también como fórmula para rellenar los vacíos de una Ley que debió reformarse hace muchos años. Sin embargo, considero que esto no es suficiente, ni el camino correcto para que los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos vulnerados por una actuación, conducta, u omisión de la Administración reciban la debida tutela. Se requiere revisar todo el planteamiento de la jurisdicción contencioso administrativa empezando por el rediseño del objeto del contencioso administrativo, lo cual resulta todo un reto cuando la Constitución no establece una base clara para el desarrollo de una legislación que reconozca una jurisdicción plenaria.

II. OBJECTIVES

Con esta tesis doctoral se persiguen varios objetivos: en primer lugar, estudiar el concepto de acto administrativo y su evolución como piedra angular de la justicia administrativa, por lo que vamos a delimitar conceptualmente lo que debe entenderse por acto administrativo tanto desde su función configuradora del actuar de la Administración sujeta al principio de legalidad, como desde su condición de construcción histórica, doctrinal y jurisprudencial que permite el acceso al contencioso administrativo. En segundo lugar estudiaremos otros modelos de acceso al contencioso administrativo que no descansen fundamentalmente en la existencia de actos administrativos expresos o presuntos, ni de la demanda de su nulidad como pretensión. En último lugar, analizaremos con profundidad el modelo panameño con sus aciertos, desaciertos y oportunidades de reforma, de modo que esto nos permita llevar a cabo una propuesta de modificación del objeto y del acceso al contencioso administrativo, tomando en cuenta los avances y aprendizajes de otros países sobre este tema, pero respetando siempre la realidad de nuestro país.

Entre las legislaciones y doctrina que vamos a estudiar con especial atención, se encuentra la española, la colombiana y la costarricense. Esta última representa un

cambio radical del modelo de contencioso al acto, a un modelo abierto en donde el acto administrativo sigue siendo protagonista del proceso contencioso administrativo, pero rodeado de otras muchas situaciones jurídicas o conductas de la administración que pueden ser objeto de pretensiones cuando ocurra la vulneración del ordenamiento jurídico, de los derechos subjetivos, o de los intereses legítimos

III. RESULTS AND MAIN CONCLUSIONS

En el primer capítulo, estudiamos la figura del acto administrativo y el papel histórico que ha jugado en la delimitación del objeto del proceso contencioso administrativo. A su vez hicimos un recorrido por diferentes legislaciones para advertir el papel que sigue jugando en diferentes sistemas con distintos sistemas de acceso al contencioso administrativo. De igual modo pudimos identificar otras manifestaciones de la administración que pueden violentar derechos subjetivos e intereses legítimos que requieren de tutela por parte de una jurisdicción que debería establecer los cauces procesales para todo tipo de actuación u omisión, antijurídica en que incurra la Administración.

En el capítulo segundo, logramos identificar tres modelos diferenciados de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa (España, Colombia y Costa Rica), que representan a su vez tres grados distintos de apertura del objeto del contencioso administrativo, y por ende de desvinculación del modelo revisor de actos administrativos previos que imperó hasta la década de los 90 en la mayoría de los países de Latinoamérica, que ha evolucionado hacia modelos basados en la pretensión sobre actuaciones, omisiones o conductas administrativas.

En el capítulo tercero, hacemos un recorrido de la evolución normativa del contencioso administrativo en Panamá, y de la situación actual del acceso a esta jurisdicción a partir de un modelo revisor de actos previos, que ha tratado de adaptarse a las nuevas tendencias, con las limitaciones que representa contar con una legislación de la década de 1940, lo cual hacemos analizando más de diez años de jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Con este análisis pudimos advertir cómo a través del principio de la “tutela judicial efectiva” que se ha tratado de incorporar a nuestra jurisprudencia constitucional y de la Sala Tercera, sin

un anclaje constitucional expreso, se ha tratado de brindarle mayor apertura al Contencioso Administrativo, sin embargo, todavía en Panamá, a pesar de la evolución jurisprudencial, no puede decirse que el proceso administrativo se sustenta en pretensiones sobre actuaciones administrativa distintas a los actos administrativos expresos o presuntos. Nuestro proceso contencioso administrativo sigue siendo sobre actos administrativos, con todas las limitaciones que esto conlleva para el real ejercicio de los derechos ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Nuestro país, ante la necesaria reforma de la “Jurisdicción Contencioso Administrativa”, cuyas bases, aunque insuficientes, ya fueron incluidas en una propuesta de reforma constitucional encargada a un “Comité de Notables”, en el año 2011, y un proceso constituyente prometido por el Gobierno que inició su periodo en mayo de 2014, necesita profundizar en el estudio de un mejor modelo de justicia administrativa tomando en cuenta los diferentes modelo existentes que se han desvinculado de la revisión de actos administrativos previos como regla. De modo que esta investigación pretende dejar bien sentadas las bases para el debate sobre lo que más nos conviene en materia de justicia administrativa: una transición del acto como objeto del recurso contencioso administrativo a las pretensiones que versen sobre los actos administrativos como base del mismo, o dar el salto a un régimen abierto que no tenga al acto administrativo como único punto de referencia para el acceso a la justicia administrativa, sino que descansa en las pretensiones que permitan la satisfacción de los intereses legítimos y el respeto pleno de los derechos subjetivos, con los riesgos que puede representar que dicha apertura pueda degenerar en una falta de equilibrio entre la satisfacción de estos derechos e intereses, y los intereses públicos, lo cual es parte del reto de cualquier reforma en esta materia.

Capítulo I

El acto administrativo y su relación con el contencioso administrativo

Título I

Antecedentes y evolución del concepto de acto administrativo y su relación con la justicia administrativa

A. El origen del concepto y su relación histórica con el acceso a la justicia administrativa

Como lo sostiene **Santamaría Pastor**, el concepto de acto administrativo posee un grado de indeterminación excesivo, a pesar de ser el mismo una de las nociones capitales del derecho administrativo, a partir de la cual prácticamente comenzó a construirse históricamente. De acuerdo a este autor, el elevado grado de indeterminación puede deberse a dos causas¹:

1. La disparidad teórica: el acto administrativo ha sido objeto, a lo largo de los poco más de doscientos años de su historia, de diversas construcciones doctrinales difícilmente conciliables entre sí.²
2. La impresionante variedad de las actividades que la Administración lleva a cabo, que hace muy difícil la construcción de esquemas doctrinales unitarios.³

¹ Adicionalmente señala este autor, con relación a la indeterminación del concepto de acto administrativo, que "Sobre el Derecho Administrativo parece pesar una suerte de maldición histórica. De la misma manera que, según cuenta la Biblia, Yahvé castigó la soberbia de los constructores de la torre de Babel con la confusión de lenguas, todas las nociones fundamentales del Derecho Administrativo parecen hallarse sumidas en un estado de vaguedad conceptual, de confusión irreductible. Así ocurre con el concepto de acto administrativo, una de las nociones capitales, sin duda, de esta rama del Derecho, en torno y a partir de la cual comenzó a construirse históricamente". **Santamaría Pastor**, Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General, volumen II. Editorial Lustel, segunda edición, Madrid, 2009. p. 102-103.

² En el Tratado de Derecho Administrativo de Garrido Falla (Ahora con la colaboración de Palomar Olmeda y Losada González) se pueden observar citados, más de 25 conceptos de acto administrativo, de autores de diferentes latitudes, donde se puede observar la disparidad de apreciaciones sobre el contenido de esta figura. Véase **Garrido Falla**, Fernando; **Palomar Olmeda**, Alberto y **Losada González**, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo, volumen I, parte general, decimocuarta edición, 2005, p. 547-552.

³ En la obra de **Benavides Pinilla**, se pueden observar todas las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá, ligadas al crecimiento de la actividad administrativa desde la

Es necesario recordar, que la primera concepción del acto administrativo estuvo íntimamente ligada al nacimiento del derecho administrativo, se gestó en Francia en el siglo XVIII y tuvo una naturaleza procesal. La Revolución Francesa excluyó de la competencia de los jueces civiles todos los asuntos en que la Administración fuera parte, reservándose la misma la facultad de autotutelar sus propios actos. Como ha sido documentado por una gran cantidad de administrativistas, producto de la Revolución Francesa se empezaron a dictar normas del siguiente tenor:

“Las funciones judiciales son independientes y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas. No podrán los jueces sin incurrir en delito de prevaricación, intervenir de ninguna manera en las operaciones de los Cuerpos administrativos” (Ley de 16-24 de agosto de 1790, artículo 13)

“Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones” (artículo 3 de la Constitución de 1791)

“Se prohíbe terminantemente que los tribunales conozcan de los **actos de Administración**, cualquiera que sea su especie”.

Este concepto de actes d'administration fue acuñado por la Ley 16 de Fructidor del año III, correspondiente a 3 de septiembre de 1795. El concepto englobaba todas las actuaciones de la administración formalizadas o no⁴.

García de Enterría, al respecto, destaca que la creación napoleónica del contencioso administrativo producto de la adopción del concepto de acto administrativo, supone una transmutación del Poder Ejecutivo en Administración como sujeto real y

década de los años 70, producto del aumento del tamaño del Estado por una parte, y la privatización de servicios públicos por otro, dando nacimiento a la función reguladora, entre otras situaciones producto de la globalización económica y el nuevo rol que juega el Estado dentro de la misma. Véase **Benavides Pinilla**, Leonel. Compendio de Derecho Público Panameño. Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, Colombia, 2012.

⁴ Ver **Fernández de Velasco**. El acto Administrativo, Madrid, 1929, p. 74-75. Citado por **Garrido Falla**, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, decimocuarta edición, Madrid, 2005, p.546.

verdadero, autosuficiente, con capacidad para desenvolverse a través de mecanismos técnicos que le aseguran una exención respecto a los otros poderes⁵.

La figura del acto administrativo como mecanismo técnico sirvió de base para la conformación del derecho administrativo de la mayoría de los estados europeos y latinoamericanos que vieron en el novedoso sistema una mejor forma de administración pública con mayores garantías para la ejecución de sus decisiones.

A través del Consejo de Estado Francés, creado por Napoleón Bonaparte como órgano consultivo de la Administración en 1799, se establecen las primeras reglas de procedimiento para atender las impugnaciones de los ciudadanos contra los “actos de la Administración”, también bajo responsabilidad del Consejo de Estado, separándose de este modo, las funciones consultivas de las contencioso administrativas. Así nace la justicia administrativa retenida en el seno de la propia Administración⁶.

De esta forma nace también el primer recurso contra los “actos de la administración”: el “recurso de plena jurisdicción”, cuyo objetivo era impugnar dichos actos producto de disputas de carácter patrimonial donde una de las partes era la Administración, en atención a la completa sustitución del juez en los asuntos administrativos de acuerdo a la prohibición legal arriba mencionada. Posteriormente, dadas las constantes denuncias de los ciudadanos por las irregularidades graves cometidas por la Administración, se empieza a admitir el recurso de “exceso de poder”⁷. Sobre estos recursos y las decisiones jurisprudenciales emitidas para resolverlos, se empezó a construir el edificio del derecho administrativo.

⁵ **García de Enterría**, Eduardo. Revolución Francesa y Administración Contemporánea, Editorial Taurus, segunda edición, Madrid, España, 1982. p.65

⁶ **García de Enterría**, Eduardo. Problemas de Derecho Público al Comienzo de Siglo, Editorial Civitas, Madrid, 2003. p.34. “Ha surgido así, el primer contencioso-administrativo propiamente tal, confiado a un órgano especializado, aunque en la forma (obligada en virtud del principio básico de separación de autoridades) de “justicia retenida”: El Conseil d’État propone y es el Gobierno quien decide.

⁷ *Ibidem*. P. 67. “El Consejo de Estado aceptó conocer de estas denuncias no con el propósito de tutelar ningún derecho o posición subjetiva cualquiera de los denunciantes, sino por su propio interés como órgano de control de la Administración y para depurar objetivamente el funcionamiento regular de ésta”.

B. Evolución del concepto de acto administrativo y su vinculación con el acceso al contencioso administrativo

La discusión sobre el concepto de acto administrativo ha evolucionado notablemente desde la Revolución Francesa. La Figura del Consejo de Estado como órgano encargado de autotutelar la actuación de la Administración, a pesar de haber pasado de una justicia retenida a una justicia delegada e independiente, pero no dentro del Poder Judicial, que parecía ser el nuevo modelo a seguir, no logró extenderse más allá de sus fronteras, salvo contadas excepciones y con modulaciones, como ocurrió por ejemplo en Colombia y República Dominicana.

España por su parte, a través de la Constitución de Cádiz adoptó un sistema de justicia delegada, trasladando la facultad de juzgar los actos de la Administración a órganos jurisdiccionales, garantizándose de este modo un mayor grado de independencia, lo cual se extendió a la mayor parte de los países de Latinoamérica⁸.

⁸ Según **Cassagne**, salta a la vista la circunstancia que muestra que el derecho constitucional de casi todos los países de Iberoamérica ha adoptado el modelo judicialista, tanto para la justicia ordinaria de tipo civil, comercial o penal como para el juzgamiento de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado (contencioso administrativo) y que la excepción a esta regla generalizada ha sido principalmente Colombia, que implantó una justicia administrativa sobre la base del modelo francés, institucionalizando el Consejo de Estado. Sostiene igualmente, que “Ese principio capital del derecho público iberoamericano, derivado de la interpretación más pura y ortodoxa de la división de poderes, se halla en la médula del constitucionalismo hispánico de raíz liberal, conteniéndose en el art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 que prescribe: ‘Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos’...En algunos de los ordenamientos iberoamericanos tal principio aparece contemplado en forma expresa mientras que, en otros, llega a traslucirse o se encuentra implicado ya sea en forma implícita o por el principio de especialidad. Efectivamente, un repaso sobre las fuentes constitucionales de los países iberoamericanos revela que el principio que consagra la prohibición de ejercer funciones judiciales en cabeza del Poder Ejecutivo fue adoptado o bien, se encuentra en vigencia en el actual derecho positivo constitucional de dichos países. Esta situación acontece, de manera expresa o implícita, en los ordenamientos constitucionales de diversas repúblicas hispanoamericanas (aparte de Chile y Argentina) como Perú, Paraguay, Nicaragua, Panamá, Guatemala, Costa Rica, e incluso se refleja en otros países tal el caso de México, Brasil y Venezuela, donde el proceso de evolución constitucional las llevó a apartarse del modelo norteamericano, al menos en este punto que hace a la irreductibilidad del principio judicialista puro”. Véase **Cassagne**, Juan Carlos y **González Pérez**, Jesús. La Justicia Administrativa en Iberoamérica. Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005. Cassagne al igual que otros autores, defienden que la justicia administrativa no nació con la Revolución Francesa, aunque si considera que el modelo judicialista nace con la Constitución de Cádiz y su exportación a Latinoamérica, no obstante, **Santofimio**, defiende en su obra, que “el antecedente directo del sistema judicialista se ubica mucho antes que la Constitución de Cádiz. Hay que ubicarlo en el derecho indiano: Las audiencias, como lo señalamos, constituían los cuerpos normativos de la justicia real. Sus competencias, comprendían la totalidad de los asuntos contenciosos, civiles y criminales que se suscitaban en sus territorios, e incluso, como lo estudiaremos más adelante, tenían importantes funciones consultivas para con el virrey y especiales atribuciones de naturaleza contencioso-administrativa en cuanto se les había encomendado el control de los actos individuales del virrey que pudieren causar algún agravio a los súbditos de América. En

El recurso contra los actos administrativos que todavía se mantiene en gran medida en Francia, a pesar de las reformas que ha sufrido el sistema en los últimos años, ha evolucionado para situarse como un recurso con reales características subjetivas, donde ya no es importante solamente determinar si la actuación de la Administración se adecuó a la norma, sino verificar si hubo un derecho subjetivo violado con la medida, que requiera de reparación e incluso indemnización⁹. Del mismo modo en algunas legislaciones, como la alemana, como veremos más adelante, se busca desligar la necesidad de la existencia de un acto o actuación administrativa para acudir en busca de tutela del contencioso administrativo, y otras legislaciones como la española han incluido expresamente la inactividad de la Administración y las vías de hecho como fórmulas para lograr el amparo jurisdiccional de otros derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares, conculcados por la Administración, no contenidos en actos o actuaciones.

En Latinoamérica la relación entre el acto administrativo y el contencioso administrativo hasta la década de los 70's solamente estaba consignada en la doctrina jurisprudencial ya que la conceptualización del acto administrativo en el procedimiento administrativo común es de reciente data. Hasta la década de 1970, no existían en Latinoamérica leyes unificadas de procedimiento administrativo. El procedimiento que se seguía para agotar la vía administrativa y acudir a la jurisdicción para atacar los actos administrativos, se encontraba en las leyes de la jurisdicción contencioso

este sentido, el aporte español al desarrollo posterior del control judicial sobre la administración pública, en especial en el caso colombiano, con la implantación de un régimen eminentemente judicialista, tiene, sin duda, una de sus bases en estos mecanismos que la influencia directa castellana había trasladado a territorio americano a través de sus audiencias". **Santofimio**, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá, 2002, p. 282-283.

⁹ **Santamaría Dacal**, en su artículo sobre la evolución que ha tenido esta jurisdicción, "que se juzga a sí misma", señala que si bien es cierto que la dualidad de jurisdicciones es una fuente de complejidad, sus inconvenientes no deben ser exagerados ya que la línea de división entre el llamado juez judicial, y el juez administrativo, está hoy bien trazada en el ordenamiento francés, y los bloques de competencia entre ambas jurisdicciones se perciben como sólidos y coherentes. Por otro lado, está otro conjunto de críticas que se refieren a elementos concretos del procedimiento contencioso-administrativo francés, entre ellas, la insuficiencia del llamado recurso de exceso de poder, que si bien es "un proceso a un acto", un recurso de carácter objetivo o de pura legalidad, puede que satisfaga el interés del recurrente de forma indirecta si se restablece la legalidad desconocida. Además, no es la única vía abierta a los recurrentes: existe también el llamado recurso de plena jurisdicción, contencioso subjetivo utilizado principalmente en materia de responsabilidad, fiscal y electoral. En este caso, el juez administrativo tiene el poder no sólo de anular el acto impugnado, sino también de dictar condenas pecuniarias y, más generalmente, de sustituir aquél por su propia decisión. Véase **Santamaría Dacal**, Ana Isabel. Defensa e Ilustración de una Administración que se Juzga a sí Misma. Revista de Administración Pública N°154. Enero-Abril de 2001, Madrid, España. P. 541-565.

administrativa (caso de Panamá) o en normas internas de los órganos y organismos de la Administración, cuyos vacíos se llenaban con normas de procedimiento civil compatibles con el derecho administrativo. De modo que a efectos de determinar el acceso a la justicia administrativa, las construcciones de la jurisprudencia constituían una herramienta esencial.

A finales de la década de 1970 aparecen las primeras leyes de procedimiento administrativo. Con estas leyes aparecen los conceptos normativos de acto administrativo, la mayoría de naturaleza procesal. Algunas leyes latinoamericanas de procedimiento administrativo definen el acto administrativo en su articulado, otras no lo hacen expresamente. La ley uruguaya y la venezolana lo definen desde el punto de vista orgánico, referido a la Administración, otras como la colombiana, no lo definen expresamente, sin embargo, el articulado da pie para identificar una definición funcional, junto con un concepto orgánico, y en Costa Rica, como veremos más adelante, en la ley de procedimiento, se preocuparon por definir lo que es acto administrativo de una forma detallada, mientras que en Perú la legislación define lo que debe y no debe entenderse como acto administrativo.

C. Tipologías del concepto de acto administrativo relacionadas con el acceso al contencioso administrativo

No es el objetivo de esta investigación, analizar todos los conceptos de acto administrativo, que como ya lo señalamos, pueden ser de los más variados, atendiendo incluso a la historia y tradición de los diferentes países. Incluso en la doctrina de un mismo país se pueden encontrar diferencias conceptuales importantes. Lo que nos interesa es analizar los tipos de conceptos que guardan relación con la evolución histórica que ha tenido el mismo, tomando en cuenta su naturaleza procesal, o como delimitador del acceso al contencioso administrativo.

1. El concepto material y el concepto procesal de acto administrativo

Cabe destacar, que con motivo de los antecedentes históricos y la evolución expuesta, muchos autores han optado por diferenciar entre un concepto sustantivo o material y otro procesal de acto administrativo, diferenciación que nos interesa

particularmente para efecto de nuestra investigación, en atención a que en la realidad de la mayoría de los sistemas de control administrativo y jurisdiccional de los actos o actuaciones de la Administración se condiciona el acceso a este control a que el acto administrativo llene ciertos requisitos. Esto obedece a la influencia francesa en el derecho administrativo en donde el contencioso administrativo por mucho tiempo fue revisor de los actos administrativos, lo que ha sido heredado por la mayoría de las legislaciones de Latinoamérica con sus respectivos matices.

Luciano Parejo es uno de los que desarrollan esta disección basada en el derecho español, pero transportable a realidades de los sistemas latinoamericanos, incluido el panameño.

Sostiene este autor que en el derecho administrativo español, conviven dos conceptos de acto administrativo: uno doctrinal y más amplio, que atiende a la entera actividad administrativa unilateral y formalizada, entendida esta como la que sigue el cauce procedimental administrativo en virtud del principio de legalidad, y otro procesal y más estricto o restringido, que busca delimitar de entre las actuaciones de la Administración, las producidas en el curso de dicha actividad que son susceptibles de control judicial independiente, en otras palabras, sobre las cuales cabe obtener la tutela judicial por parte del contencioso administrativo¹⁰. De lo cual depende también la impugnación de las actuaciones de la Administración en la vía administrativa.

a. El concepto sustantivo o material de acto administrativo

El concepto sustantivo o material, estaría representado por la definición de **Guido Zanolini**, quien expresa que acto administrativo es: “cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa”, modificada por **García de Enterría** y **T.R. Fernández**, quienes manifiestan qué debe entenderse por acto administrativo siguiendo a **Zanolini**, pero adecuando la definición a las especiales connotaciones del derecho administrativo español, por lo que acto administrativo sería: “toda manifestación de voluntad, de juicio, de conocimiento o de

¹⁰ **Parejo Alfonso**, Luciano. Derecho Administrativo, Editorial Ariel, 2003. p. 896-897.

deseo realizada por una administración pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”.¹¹

b. El concepto procesal de acto administrativo

Dentro del concepto procesal cabe distinguir un concepto legal y uno jurisprudencial: **el primero** alude a lo expresado en los artículos 1 y 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española, Ley 29 de 1998. En estos artículos los actos administrativos incluirían las actuaciones administrativas de las administraciones públicas españolas sujetas al derecho administrativo por un lado y por el otro los actos expresos o presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

El segundo, al desarrollo del concepto en sentencias que procuran acercar cada vez más el concepto de acto administrativo al doctrinal adoptando un criterio más amplio de acto administrativo que permita el acceso al contencioso cuando haya una violación de los intereses legítimos de los particulares con la actuación de la Administración¹².

¹¹ **García de Enterría**, Eduardo y **Fernández** Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo I, Editorial Civitas, Duodécima edición, Madrid, 2004. p.550.

¹² Por ejemplo, en Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 19 de julio de 1989, se advierte que no se puede compartir la tesis de la Administración del Estado de declarar la inadmisibilidad, pues como acertadamente se indica en el fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada, la moderna doctrina, superando esquemas más rígidos y formalistas, concibe el acto «como algo más extenso que las expresiones acuerdo, resolución, providencia o cualquier otro concepto semejante y abarca todas las manifestaciones de la actividad administrativa», sin que pueda considerarse a la comunicación de 5 de mayo de 1988, como una respuesta de naturaleza epistolar en razón a que la misma conectada con el escrito de fecha de 15 de abril de 1988, que el Consejero de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma recurrente dirige al señor Ministro de Obras Públicas y Urbanismo y de la que trae causa, pone de relieve que la comunicación cuestionada, aun revistiendo forma epistolar, da respuesta a la petición contenida en el escrito citado, relativa a que se proceda urgentemente a la firma del Convenio con la Comunidad actora que permita la puesta en funcionamiento del Real Decreto 1494/87, de 4 de diciembre sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de viviendas, de donde se infiere con toda claridad, que dicha comunicación es un acto por lo cual se define una situación jurídica individualizada de la Administración respecto de la pretensión que se le formula, lo que escapa y traspasa el ámbito de una relación epistolar -aun revistiendo esta forma- ya que es una declaración administrativa de voluntad que se interfiere, impidiéndola por las razones que expresa, la puesta en funcionamiento de las prevenciones contenidas en un Real Decreto, materia ésta que es el objeto de la pretensión que la

Santamaría Pastor comparte el criterio de **Luciano Parejo**. No obstante, con el ánimo de determinar cuáles de las innumerables actuaciones de la Administración se hallan comprendidas en la definición de acto administrativo, (la cual considera, se manifiesta como inadecuada para dar cabida a todo el concepto de la actividad administrativa, cuyo futuro es la sustitución por nuevos conceptos) sostiene que ya no debe preguntarse cuál de los conceptos es deseable, sino que se deben hacer construcciones sostenibles sobre los conceptos que existen en la legislación y la doctrina, con sus virtudes y defectos.

De este modo, señala **Santamaría Pastor**, debe tomarse en cuenta, además del concepto procesal de acto administrativo y el doctrinal (sustantivo), el concepto que se desprende de la Ley de Procedimiento Común, que no sienta una definición, ni una descripción aproximada del acto administrativo, pero indica que “de sus diferentes preceptos, puede aventurarse la tesis de que sus autores estaban pensando, básicamente en los actos de carácter formalizado (y preferentemente, aunque no de manera excluyente, en los que se producen en el marco del procedimiento administrativo y que le ponen fin): así se deduce de las normas que se refieren a su forma escrita, su motivación y su notificación”.¹³

2. El concepto amplio y restringido de acto administrativo

Otros autores prefieren hablar de la existencia de un concepto amplio y un concepto restringido de acto administrativo, también tomando en cuenta el tratamiento que la jurisprudencia le otorga al acto administrativo como delimitador del acceso al contencioso, lo cual dependerá en gran medida de si se trata o no de una jurisdicción contencioso administrativa revisora de actos administrativos, o se encuentre en etapa de transición o de superación total de dicho carácter. Son dos conceptos que conviven, pero frente a los cuales pueden darse profundas diferencias doctrinales, como ocurre en el caso español, como veremos en el segundo capítulo de esta tesis doctoral.

Comunidad Autónoma persigue por medio del escrito de 15 de abril de 1988, y al que da respuesta la comunicación ministerial impugnada.

¹³ Op. Cit. p.107-108.

a. El concepto amplio de acto administrativo

En cierto modo, es similar al concepto sustantivo o material de acto administrativo, y como lo señala **García de Enterría**, en el derecho español, “es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo”, de modo que se excluirían las actuaciones no jurídicas, representadas por los actos materiales, los actos de los administrados y los actos jurídicos dictados por la Administración que no están sometidos al Derecho Administrativo, como los actos jurisdiccionales.¹⁴

Garrido Falla, con sus matizaciones también respalda la existencia de un concepto amplio de acto administrativo, al señalar, que “no hay ningún inconveniente en que el concepto de acto administrativo abarque, en sentido amplio, tanto el acto administrativo general como al concreto” ya que lo importante es encontrar el conjunto de actos sometidos al régimen jurídico administrativo y por ende a los dos principios que considera fundamentales de dicho régimen: sumisión a la Ley y a las normas jerárquicamente superiores, y la posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión, sin embargo, aclara que también es cierto que una noción demasiado amplia exige precisiones. Aunado a lo anterior, considera que la noción de acto administrativo no debe reservarse para los que consisten en declaraciones de voluntad, los cuales constituyen sin duda, la más importante especie de los actos administrativos, pero no los agotan, por lo que conviene acoger dentro de la definición ciertas declaraciones de juicio, conocimiento y deseo, realizadas por la Administración y que tienen efectos jurídicos.¹⁵

¹⁴ **García de Enterría**, Eduardo y **Fernández** Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo I, editorial Aranzadi S.A. decimosexta edición, Madrid, 2013. P. 589. Señalan estos autores, que este concepto amplio, es desestimado por un sector de la doctrina y en la legislación en favor de un concepto más estricto: “Por una parte, se excluyen los Reglamentos, que han de integrarse en la teoría de las fuentes y que obedecen por ello principios muy singulares. En segundo término se excluyen los actos contractuales... Finalmente se independiza también el uso de la coacción administrativa para hacer de la misma una teoría singular, de modo que el acto administrativo se concreta en lo que son declaraciones y no ejecuciones. Tras esa reducción conceptual el acto administrativo sería el acto jurídico unilateral de la Administración distinto del Reglamento consistente precisamente en una declaración... Es justamente el concepto que se deriva de la regulación general contenida hoy de manera predominante en los capítulos II, III y IV del Título V (“De las disposiciones y los actos administrativos”) de la LPC. Que constituye una de las escasas regulaciones legales de la institución que se encuentran en el Derecho Comparado, donde el concepto es sobre todo, jurisprudencial (Esta legalización positiva, en nuestro derecho no deja de implicar rigideces al lado de generalizaciones excesivas – lo iremos viendo -, pero ha sido en cierta manera una necesidad ante la pobreza de la jurisprudencia existente cuando la LPA de 1958, cuyos pasos ha seguido la vigente LPC, se dicta). Ibídem, p. 589 - 590.

¹⁵ **Garrido Falla**. Op cit. p. 555.

b. El concepto restringido de acto administrativo

Está representado por la postura de autores alemanes como **Kormann**, quienes consideran que solamente pueden tener categoría de acto administrativo los que tienen carácter de negocio jurídico, de acuerdo a la teoría elaborada por el derecho civil. Los negocios jurídicos estarían definidos de este modo, como “las actuaciones jurídicas en las que la voluntad del actuante está dirigida a producir determinados efectos de derecho” en consecuencia se trata de declaraciones de la voluntad administrativa u oficial que producen efectos jurídicos concretos.¹⁶

Bocanegra Sierra, defiende la necesidad de la adopción de un concepto restringido de acto administrativo reconociendo que solamente puede considerarse como tales los que tienen carácter regulador, es decir, los destinados a la creación, modificación o extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración, o a la negación de la declaración de un derecho, o de otra circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona, cosa o situación¹⁷, por lo que difícilmente puede tratarse de toda actuación administrativa susceptible de tutela judicial efectiva. **Muñoz Machado** también defiende la existencia de un concepto restringido de acto administrativo, tomando en cuenta que el concepto de acto administrativo hasta ahora dominante en España es de una extraordinaria amplitud (y como veremos más adelante, también en la mayoría de las legislaciones de Latinoamérica, donde convive con un concepto procesal en abierta contradicción), con las consecuencias procesales que esto conlleva, y que es ignorado por sus defensores, ya que si los actos administrativos son ejecutivos, ejecutables forzosamente e irrevocables, por señalar algunas de sus características sobre las que hay acuerdo en la doctrina, ¿puede ser aplicable este régimen jurídico peculiar a todos los tipos de declaraciones que comprende el concepto amplio?. En concreto, por ejemplo ¿un informe se presume válido y es inmediatamente ejecutivo? ¿Se ejecuta forzosamente una certificación? ¿Es irrevocable una propuesta?¹⁸

¹⁶ **Kormann**, Karl. System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, cit. por **Garrido Falla**, op. cit., p. 553.

¹⁷ Véase **Bocanegra Sierra**, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo. Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, cuarta edición, 2012, p. 33-49.

¹⁸ Véase **Muñoz Machado**, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Editorial Iustel, Madrid, 2011, p. 24-26. Respecto a este tema, señala **Penagos**, que en Colombia, “tanto la legislación, como la doctrina han definido el Acto Administrativo, como una decisión unilateral

Este es el debate que mantendremos a lo largo de esta investigación, para determinar si es razonable o no seguir otorgando al acto administrativo en su concepto amplio, el papel delimitador del acceso al contencioso administrativo o considerar el concepto restringido de acto administrativo y utilizar otros criterios para la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos cuando la Administración se manifieste, actúe, o incurra en alguna conducta que los vulnere.

D. El concepto de acto administrativo en diferentes legislaciones

A continuación, sobre la base de la evolución brevemente expuesta y la tipología de los actos administrativos analizada, vamos a identificar el concepto de acto administrativo en algunas legislaciones a fin de determinar en cuál de ellas encaja y verificar cual es la tendencia en la actualidad.

El concepto de acto administrativo nació en Europa, por lo que es justo comenzar a analizar los diferentes conceptos que manejan las legislaciones administrativas que más han aportado al desarrollo del derecho administrativo en Latinoamérica.

En Francia, como ya lo analizamos, se maneja un concepto procesal de acto administrativo que se sustenta en la impugnación de actuaciones de la Administración por exceso de poder, donde la justicia administrativa que reside en el Consejo de Estado lo percibe como un recurso objetivo contra el acto, y no como una pretensión del administrado que pudiese generar algún reconocimiento adicional a la declaración de ilegalidad del acto, lo cual ha sufrido alguna evolución en las últimas dos décadas, aunque insuficiente frente a las críticas, como lo destaca **García de Enterría** en su obra “Hacia Una Nueva Justicia Administrativa”¹⁹.

de naturaleza administrativa, por lo tanto no se la debe confundir con un deseo, una mera intención; ni mucho menos con los contratos que son bilaterales”. **Penagos**, Gustavo. El Acto Administrativo, Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley Ltd. , Bogotá, Colombia, 2011, p. 189.

¹⁹ **García de Enterría**, Eduardo. Hacia una Nueva Justicia Administrativa, Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1992. “La crisis del contencioso-administrativo Francés, un contencioso subdesarrollado según quienes hasta ahora mismo lo vanagloriaban, un contencioso inadaptado al tiempo actual, según quienes lo practican y lo sufren, un contencioso que está ya en la cola y no en la vanguardia de los sistemas occidentales de protección judicial frente al poder, un contencioso que está ya en retraso sobre los principios generales del derecho europeo, tanto comunitarios como de derechos humanos, esa crisis, ya inocultable y ostentosa, que ha irrumpido como un sarpullido inesperado y súbito en el hasta ahora lozano rostro del Derecho Público francés, esa crisis invalida

Reafirmando esta aseveración sobre el concepto procesal de acto administrativo, de acuerdo a **García-Trevijano Fos**, tradicionalmente la doctrina francesa ha adoptado la terminología “decisión ejecutoria” para distinguir los actos administrativos, sin plantear la cuestión de si cabe o no introducir en el Derecho Administrativo la idea privada de negocio jurídico. De este modo **Hauriou** conecta su estudio con el recurso de anulación, lo que evidencia la posición procesalista de la mayor parte de la doctrina. Lo define como “declaración de voluntad”. **Duez y Debiere** lo hacen como “manifestación individual de voluntad”. **Waline**, no hace referencia a la voluntad, definiéndolo como “acto jurídico unilateral” y **De Laubadère**, como “decisión individual” sin hacer tampoco referencia a la voluntad.²⁰ **Duguit** a través de la escuela de Burdeos aportará el concepto abstracto de acto jurídico como expresión de cada una de las funciones del Estado, quedando el acto subjetivo y acto condición²¹ como las formas típicas del acto administrativo.

En **Italia**, las voces más autorizadas están representadas por **Ranelletti, Santi Romano, D’Alessio, Giannini y Zanobini**, cuyos aportes están plasmados en la obra de **García-Trevijano Fos**²² (Para efectos de nuestro estudio, nos interesan particularmente el análisis conceptual de Santi Romano y Zanobini que parten del acto-negocio jurídico que adopta gran parte de la doctrina latinoamericana, incluyendo la panameña y con matices, la jurisprudencia española).

De acuerdo a **García-Trevijano Fos, Santi Romano** considera que la expresión “acto administrativo” tiene diversos significados, separando los reglamentos, los actos materiales y los actos de derecho privado. En consecuencia, dentro del concepto de acto administrativo caben: las declaraciones de voluntad, las declaraciones de

definitivamente el pertinaz intento de acogerse a él como un oráculo para la reforma pendiente de nuestro propio sistema...El nuevo paradigma, sobre el cual va a establecerse en todo el mundo occidental una nueva época de la justicia administrativa, es, por gran ventura justamente, el paradigma que nos impone preceptivamente nuestra Constitución: la justicia administrativa no es un abstracto proceso a un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia administración, o acaso jueces amedrentados ante la *maiestas* administrativa o atados por mil lazos en el ejercicio de su función por el supuestamente insólito hecho de que el poder público tenga que rendir cuentas ante el derecho; por el contrario, es un proceso plenario a la Administración como sujeto por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa a sus derechos e intereses legítimos...”

²⁰ Véase **García-Trevijano Fos**, José Antonio. Los Actos Administrativos, Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1991, p. 75-86.

²¹ Son los que aplican la situación general creada por un acto normativo (acto-regla) a un caso concreto, como por ejemplo un nombramiento de un servidor público.

²² *Ibidem*, p.75-86

representación (por ejemplo; de conocimiento, de opinión, de convencimiento, de juicio, de comprobación, entre otras) y declaraciones de sentimiento; como las de intención y de deseo.

Las declaraciones de voluntad corresponderían a aquellos actos que, en derecho privado se denominan negocios jurídicos. Y al igual que en el derecho privado, no todas las declaraciones de voluntad son negocio jurídico, en el Derecho Administrativo, serían negocio jurídico sólo: “los actos que tienen por objeto el nacimiento, la modificación o la extinción de un sujeto, de una cualidad subjetiva, de condiciones o posiciones, de un poder, de un derecho, de un interés jurídico, de una obligación”.

Estos actos producen una transformación en las condiciones jurídicas existentes, son actos constitutivos que tienen la calidad de negocios jurídicos o negocios administrativos en la medida que tengan efectos jurídicos conforme a la voluntad en ellos manifestada con la incidencia de la Administración como parte.

Zanobini, en su conocida definición, no pone en duda la admisión del negocio jurídico en el derecho público. De este modo al clasificar los actos sobre la base del elemento de la voluntad, distingue los actos negociales de los meros actos; aquellos que coinciden con los actos discrecionales y que consisten en declaraciones de conocimiento o de juicio que no corresponden a fines determinados, sino que tienen una existencia objetiva y cuyos efectos no están ligados a la voluntad del sujeto.

En **Alemania**, de acuerdo a **Bocanegra Sierra**, si se quiere encontrar una formulación precisa de un concepto restringido de acto administrativo, de verdaderos actos administrativos desprendidos de su función delimitadora del contencioso, hay que acudir a la propia Ley Alemana de procedimiento administrativo²³, la cual define el acto administrativo de la siguiente forma:

“Acto Administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la

²³ **Bocanegra Sierra**, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo, Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, cuarta edición, 2012, p. 35.

regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho Público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros)”.

Este autor defiende los conceptos normativos restringidos de acto administrativo como el contenido en la ley alemana, y no acepta la calificación de excesiva rigidez con que ha sido considerado este concepto en ocasiones, fundamentando su defensa en que el mismo responde a posiciones dogmáticas firmemente asentadas y sobre las que existe un sólido cuerpo de doctrina que lo respalda.

Ante esta definición de la Ley Alemana, propone para la legislación española un concepto más restringido que en función de la doctrina existente podría rezar de la siguiente manera:

“Acto administrativo es toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”.

Bocanegra Sierra, destaca que un concepto restringido de acto administrativo de este tenor, que resalta el carácter regulador del acto administrativo (entendiéndose como los encaminados a la creación, modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración - o a la negación de la declaración - de un derecho - o de otra circunstancia jurídicamente relevante - respecto de una persona, cosa o situación) hace inútil la necesidad de recurrir al estado intelectual del órgano que dicta los actos administrativos y excluye ciertas actuaciones administrativas como las certificaciones, las comunicaciones, informes, opiniones, las decisiones confirmatorias de otros actos anteriores, del concepto de acto administrativo²⁴.

En **España**, podría decirse que el desarrollo doctrinal del concepto de acto administrativo ha sido en gran medida responsabilidad de **García de Enterría**, concepto que citamos al desarrollar las tipologías del concepto de acto administrativo. No obstante, es necesario destacar la evolución que ha tenido el mismo, influenciado

²⁴ Op. Cit. p. 40-44.

originalmente por la doctrina francesa, luego por la italiana hasta acercarse en la actualidad a la doctrina alemana. Al final para este autor, existe un concepto amplio que incluye las diferentes manifestaciones de voluntad de la Administración que crean una situación jurídica positiva o negativa y las demás declaraciones no recurribles pero formalizadas y emitidas en ejercicio de una potestad administrativa, diferente de la ejercida a través de la potestad reglamentaria.

García de Enterría, se opone a la posición de **Bocanegra Sierra**, considerando que no puede equipararse el acto administrativo a una sentencia judicial y se opone también a la reducción de los actos administrativos sólo a los que tienen condición de negocios jurídicos. En síntesis manifiesta que no todos los actos de la administración se emiten en ejercicio de la autotutela ya que no todos contienen decisión ejecutoria, ni todos se dan las circunstancias para que se pueda hablar de negocio jurídico. También se manifiesta en desacuerdo con la restricción del acto a su mínima expresión. La reducción del concepto será posible en la medida en que pueda construirse una teoría con todas las actuaciones excluidas, como ocurre en el derecho español con el Contrato Administrativo. La profundización de este debate la dejamos para el capítulo II, donde analizamos el acto administrativo y el acceso a la justicia administrativa en el modelo español.

En **Latinoamérica**, todavía se deja entrever en las normativas, la influencia del carácter revisor de la justicia administrativa, lo cual ha influido notablemente en el concepto de acto administrativo. Vamos a ver algunos conceptos, por orden de antigüedad, contenidos de las leyes de procedimiento administrativo, a fin de verificar algún tipo de evolución en los mismos.

La primera Ley sobre Procedimiento Administrativo en Latinoamérica es la Ley **Argentina**; Ley No 19,549 de 1972, Nacional de Procedimiento Administrativo (LPNA). Ésta Ley no define el concepto de acto administrativo, solamente dedica un título de la Ley a establecer los requisitos que debe llenar todo acto administrativo.

La **Ley Uruguay**a sobre Procedimientos Administrativos; Decreto Ley No 640/973 de 1973, sustituida por el Decreto 500/991 de 1991, sobre Normas Generales de

Actuación Administrativo y Regulación del Procedimiento en la Administración Central, define el acto administrativo de la siguiente manera:

“Artículo 120: Acto Administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos”.²⁵

La **Ley Costarricense**; Ley General de la Administración Pública de Costa Rica; Ley 6227 de 1978, desarrolla el procedimiento administrativo a manera de manual, paso a paso. No contiene un concepto expreso de acto administrativo, pero si una descripción de lo que debe considerarse como acto administrativo, clasificándolos clasificación y otorgándole valor a sus diferentes clases²⁶. Cabe resaltar, que esta norma mantuvo su vigencia luego de la aprobación de la Ley 8508 de 28 de abril de 2006 (nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo Costarricense).

²⁵ **Delpiazzo** señala que por su amplitud, la caracterización del acto administrativo en Uruguay, “abarca todas las manifestaciones de voluntad administrativa, cualesquiera que sean sus efectos (generales o individuales) o la forma como surgen (actos unilaterales o plurilaterales), excluyendo las manifestaciones de voluntad provenientes de los órganos de las personas públicas no estatales en el entendido de que estas no son Administraciones Públicas en el sentido de órganos estatales actuando en función administrativa. **Delpiazzo**, Carlos. Panorama del Derecho Administrativo Uruguayo, en Derecho Administrativo en Iberoamérica. Santiago González-Varas Ibañez (Coordinador), Instituto Nacional de Administración Pública, segunda edición, Madrid, 2012, p. 1421-1424.

²⁶ “De la Clasificación y Valor. Artículo 120.

1. Para los efectos de clasificación y valor, los actos de la Administración se clasifican en externos e internos, según que vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado.

2. El acto concreto estará sometido en todo caso al general y el interno al externo, con la salvedad contemplada en el artículo 126 y 127.

Artículo 121.

1. Los actos se llamarán decretos cuando sean de alcance general y acuerdos cuando sean concretos.

2. Los decretos de alcance normativo se llamarán también reglamentos o decretos reglamentarios.

3. Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llamarán resoluciones.

Artículo 122.

1. Los actos internos carecerán de valor ante el ordenamiento general del Estado en perjuicio del particular, pero no en su beneficio.

2. En este último caso el particular que los invoque deberá aceptarlos en su totalidad.

3. La violación de los reglamentos internos en perjuicio del particular causará la invalidez del acto y eventualmente la responsabilidad del Estado y del servidor público, en los términos de esta ley.

Artículo 123.

1. Tendrán relevancia externa ante los administrados y los tribunales comunes, no obstante lo dicho en el artículo anterior, los actos internos que estén regulados por ley, reglamento u otra norma cualquiera del Estado.

2. Tendrán igual relevancia externa para los servidores de la Administración los actos internos de ésta que afecten sus derechos en las relaciones de servicio entre ambos”.

Prosiguió la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo de **Venezuela** de 1 de julio de 1981, completada por la Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos (Decreto Ley N°368 de 5 de octubre de 1999), y con la Ley Orgánica de la Administración Pública de 17 de octubre de 2001. La citada Ley de Procedimiento Administrativo también contiene una definición expresa de acto administrativo que incluye las “declaraciones” de carácter general y particular:

“Artículo 7: Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública”.

Colombia en su Código Contencioso Administrativo de 1984, complementado por las disposiciones del Decreto N°266 de 2000 de “Normas para la Simplificación Administrativa”, no definía al acto administrativo, sin embargo, el articulado daba luces para identificar una definición funcional del mismo vinculada al ejercicio de la función administrativa. La Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, derogó la ley de 1984 y en su articulado no se define que debe entenderse por acto administrativo, pero si cuando estamos frente a un acto administrativo definitivo y el contenido que debe tener la decisión administrativa contenida en el acto administrativo, lo que lleva a pensar que se está pensando en declaraciones de voluntad de contenido decisorio²⁷.

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo **Mexicana** de 4 de agosto de 1994, no define expresamente el acto administrativo, pero en su artículo 3, establece una mezcla de 13 elementos y/o requisitos que debe llenar todo acto administrativo. De algunos de estos requisitos se puede obtener luces para una definición.²⁸

²⁷ El artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, señala que son actos definitivos “los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. Esta norma se coloca luego del artículo 42 que regula el contenido de las decisiones. “Habiéndose dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponible, se tomará la decisión que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”, por lo que se puede entender que la Ley considera como actos administrativos los que tengan contenido o carácter decisorio.

²⁸ Artículo 3.

Panamá en el año 2000, aprueba la Ley 38 de 2000, que regula el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales. En su artículo 201 define el acto administrativo en detalle otorgándole un evidente carácter procesal. Más adelante analizaremos en detalle el artículo que contiene la definición.²⁹

Nicaragua no cuenta con una Ley de Procedimiento Administrativo, sin embargo, la Ley 350 de mayo 2000 que regula la jurisdicción contenciosa administrativa, contiene una definición de acto administrativo que informa al procedimiento administrativo.³⁰

..."XIV. Tratándose de actos administrativos que deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;

XV. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y

XVI. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes, o establecidos por la ley".

De acuerdo a **Fernández Ruíz**, no hay un debate en la doctrina, sobre si la Administración puede realizar actos administrativos de distintas clases, entre otros, unilaterales y plurilaterales, individuales y generales. Un extenso sector de la doctrina admite la formulación de una definición restringida de acto administrativo que excluya a los actos contractuales y a los actos generales de la Administración, es decir, a los contratos y a los reglamentos administrativos, para referirse tan solo a sus actos unilaterales individuales. En México, considera que "en sentido restringido, podemos entender al acto administrativo como la declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos. Los efectos de referencia se traducen en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones en favor o a cargo de sujetos individuales específicos, o en la determinación de las condiciones para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico. Véase **Fernández Ruiz**, Jorge. Panorama General del Derecho Administrativo Mexicano, en Derecho Administrativo en Iberoamérica, ibídem, p. 792-794.

²⁹ Artículo 201 de la Ley 38 de 2000. "Acto Administrativo: Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el derecho administrativo. Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus *elementos esenciales*: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la Ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite".

³⁰ "**Artículo 2.- Definiciones Básicas.** Para los fines y efectos de la presente Ley y una mejor comprensión de la misma, se establecen los conceptos básicos siguientes: **1. Acto Administrativo:** Es la declaración o manifestación de voluntad, juicio o conocimiento expresada en forma verbal o escrita o por cualquier otro medio que, con carácter general o particular, emitieren los órganos de la Administración Pública y que produjere o pudiese producir efectos jurídicos". Señala **Navarro**, que se trata de una definición clásica que coincide en lo esencial con una definición de Zanolini muy difundida y aceptada por un sector muy amplio de la doctrina, de la cual hay que destacar que se trata de una declaración o manifestación, por lo que se excluyen las actividades materiales de la Administración, y que produce o eventualmente pudiera producir efectos jurídicos, por lo que se trata

La **Ley Peruana** de Procedimiento Administrativo General, Ley 27.444 de 2001, señala en su artículo 1° lo que son los actos administrativos, y a renglón seguido, qué no debe considerarse como tales³¹. De acuerdo a **Danós Ordóñez**, en el numeral 2.1.1, del artículo 1° de la Ley, se entiende que los actos de administración interna de las entidades administrativas, en ocasiones también conocidos como “actos de la Administración” no estarán regulados por las normas de la Ley, salvo excepciones, lo cual tiene justificación en la necesidad de permitirle a la Administración organizarse internamente de forma más dinámica, ya que se trata de actuaciones que no están sujetas a las mismas garantías y requisitos que los actos administrativos que sí tienen repercusión sobre los particulares, por lo que podría decirse que la Ley regula lo que podría denominarse como las “actuaciones externas” de las entidades administrativas, las actividades orientadas a producir efectos jurídicos en el exterior de la organización.³² Resulta interesante destacar, que el artículo 5.1., señala como complemento, que el “objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad”.

La **Ley Boliviana** de Procedimiento Administrativo; Ley 2341 de 2002, en su artículo 27 define qué es el acto administrativo en una suerte de mezcla de orientaciones que pueden resultar incluso contradictorias:

Artículo 27: **Acto Administrativo.** Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la

de un “producto jurídico que viene a alterar la realidad jurídica existente, creando, modificando o alterando relaciones jurídicas”. Véase **Navarro**, Karlos. Derecho Administrativo Nicaragüense, en Derecho Administrativo en Iberoamérica, op. cit. p. 898-900. Agrega el autor, que “aunque lo más normal es que el acto administrativo sea una declaración de voluntad, el Derecho de Nicaragua también incluye dentro de dicho concepto otro tipo de declaraciones”.

³¹ “Artículo 1° Concepto de acto administrativo.

1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2. No son actos administrativos:

1.2.1. los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2. Los comportamientos y actividades materiales de las entidades”.

³² Véase **Danós Ordóñez**, Jorge Elías. Panorama General del Derecho Administrativo en el Perú, en Derecho Administrativo en Iberoamérica. Op cit. p. 1094-1096.

Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado, Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Chile, no aprueba su Ley de Procedimiento Administrativo hasta el año 2003; la Ley 19,880 de 29 de mayo de 2003, la cual representa la más reciente de las leyes de procedimiento administrativo analizadas en esta investigación. Esta Ley en su artículo 3, de forma detallada, contiene un concepto descriptivo de acto administrativo que se circunscribe fundamentalmente a las decisiones formales que adopte la Administración, que contienen declaraciones de voluntad.³³

Como se puede observar, si hay un elemento común en las leyes de procedimiento administrativo latinoamericanas, es que hay una tendencia a plasmar el concepto de acto administrativo en su articulado (lo cual contradice lo señalado por **García de Enterría y T.R. Fernández** cuando indicaban que la tendencia en el derecho comparado era la adopción de un concepto jurisprudencial, pero seguramente no se estaban refiriendo a Latinoamérica), lo que puede obedecer por una parte a que estas leyes, no solamente buscan dotar a la Administración de un procedimiento común que sirva de guía a la misma para ordenar el actuar de la Administración ante la falta de procedimientos especiales, sino que además persiguen convertirse en instrumentos

³³ "Artículo 3º. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia. Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente. Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional."

que garanticen mayor seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares, en la constante pugna entre la satisfacción del interés público y la posible vulneración de los derechos ciudadanos a través de su conducta administrativa.

En las últimas legislaciones citadas, se observa además el afán de las definiciones de acto administrativo de ir al detalle, buscando delimitar o restringir el concepto, para poder excluir con mayor claridad, de las actuaciones de la Administración, lo que no debe entenderse como acto administrativo, pero, ¿con qué fin?

La finalidad de definir el concepto de acto administrativo, por ejemplo en la Ley alemana parece más clara, porque persigue mayor transparencia y seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, no delimitar, ni reducir el acceso al contencioso a su existencia, pero en las demás legislaciones como las latinoamericanas, donde el carácter revisor del contencioso todavía está latente en muchos países, por encima de la búsqueda de mayor seguridad jurídica en las relaciones jurídico-administrativas, el objeto de la delimitación del concepto obedece primordialmente a la necesidad de la existencia de un actuar de la Administración, que pueda ser identificado como susceptible o no de revisión por parte de la Administración y posteriormente de la jurisdicción contencioso administrativa. Un actuar al que pueda aplicársele los criterios de validez y eficacia del acto administrativo y la teoría de las nulidades con mayor propiedad. De aplicarse criterios más restringidos para definir el acto, pero más abiertos para el acceso al contencioso, como propone la legislación alemana, al disociar el acceso del contencioso del concepto, se rompería todo el sistema revisor sobre el que fue construido el derecho administrativo francés y representaría en las legislaciones latinoamericanas toda una revolución.

E. El Concepto de acto administrativo en la legislación panameña

El concepto de acto administrativo, antes de la aprobación de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, no se encontraba desarrollado en Panamá, en ninguna norma. En consecuencia para determinar cuándo nos encontrábamos frente a un acto administrativo, había que escudriñar en la doctrina contenida en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el texto de alguna consulta

absuelta por la Procuraduría de la Administración como asesora legal de la Administración, o en la doctrina contenida en textos de derecho administrativo, la mayoría extranjeros, ya que la doctrina nacional sobre el tema era escasa, reducida prácticamente a algunos artículos publicados en revistas jurídicas que abordan temas varios.³⁴

El que estuviera definido el acto administrativo en la doctrina jurisprudencial, era importante principalmente, para efecto de determinar qué tipo de actos administrativos eran o no, susceptibles de ser revisados en la vía administrativa y en consecuencia en la vía contencioso administrativa.

1. El concepto de la Ley 38 de 2000 de Procedimiento Administrativo, frente al contenido en la Ley 135 de 1943 reguladora de lo contencioso administrativo

La ley de lo contencioso administrativo panameña, vigente, señala expresamente que solamente pueden ser recurribles jurisdiccionalmente los actos definitivos o los actos de trámite que pongan fin al procedimiento administrativo. El artículo 42 de la Ley 135 de 1943, establece el procedimiento. (Cabe resaltar que este artículo hace referencia solamente al procedimiento en caso de recursos de plena jurisdicción) Analicémoslo con detenimiento:

“Artículo 42. Para ocurrir en demanda ante el tribunal de lo Contencioso-Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 (*Derogados por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000*), o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación. (Lo subrayado es nuestro)

³⁴ Actualmente la literatura panameña en materia de Derecho Administrativo se reduce a unas 10 obras, la mayoría publicadas a partir del año 2000, dentro de las cuales, no hay ninguna monografía sobre el importante tema del acto administrativo.

En el cuadro a continuación, se puede observar claramente los conceptos de acto administrativo que conviven en Panamá:

Ley 135 de 1943 (artículo 42) De lo Contencioso-Administrativo	Ley 38 de 2000, (artículo 163) De Procedimiento Administrativo	Ley 38 de 2000 (artículo 201)
<p>Art. 42. Para ocurrir en demanda ante el tribunal de lo Contencioso-Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los <u>actos o resoluciones respectivas</u> no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 (<i>Derogados por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000</i>), o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones <u>definitivas</u>, o de providencias de trámite, <u>si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.</u></p>	<p>Art. 163. Las <u>resoluciones que decidan el proceso en el fondo y aquellas de mero trámite que directa o indirectamente, conllevan la misma decisión o le pongan término al proceso o impidan su continuación</u>, serán susceptibles de ser impugnadas por las personas afectadas por ellas, mediante los recursos instituidos en este capítulo....</p>	<p>1. Art. 201. Los siguientes términos, utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:</p> <p>Acto Administrativo: <u>Declaración emitida o acuerdo de voluntad</u> celebrado, conforme a derecho, por una <u>autoridad u organismo público</u> en ejercicio de una <u>función administrativa</u> del Estado, para <u>crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica</u> que en algún aspecto queda regida por el derecho administrativo. *</p> <p>* El segundo párrafo señala los elementos esenciales que deben conformar todo acto administrativo, pero los reproducimos en el siguiente capítulo</p>

Como se puede observar, el concepto de acto administrativo en la Ley 38 de 2000, recoge gran cantidad de las actuaciones de la Administración. Sin embargo para calificarlas de acto administrativo les obliga a que tengan efectos jurídicos frente a los administrados, lo que las acerca al concepto procesal.

Frente a esto resulta digno de análisis el hecho de que en ocasiones, los recursos contra actos administrativos impugnados en sede administrativa sean admitidos, pero al interponerse el recurso contencioso administrativo ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se deniegue por considerar la Sala que el acto administrativo es de mero trámite, no impugnante ante esta sede. Analizaremos ejemplos de esta situación en el tercer capítulo de esta investigación.

En este momento es necesario, a objeto de analizar su naturaleza, hacer un desglose del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley 38 de 2000:

a. Declaración emitida o acuerdo de voluntad

Esta es una de las consecuencias de las conceptualizaciones normativas. Es muy fácil incurrir en imprecisiones difíciles de sostener como regla general. Una declaración es unilateral, pero un acuerdo de voluntad es siempre bilateral. La doctrina administrativa mayoritaria excluye los contratos administrativos de la teoría del acto administrativo defendiendo que solamente cabe para los unilaterales. De hecho **Parejo**, reconoce, antes de desarrollar su análisis sobre los actos ordinarios, la existencia de “actos administrativos consensuales” representados por los actos que la Ley española de procedimiento administrativo utiliza para la terminación convencional de todos los procedimientos administrativos, distinguibles de los contratos administrativos que no son actos administrativos. Esta diferenciación no tiene una aplicación clara en Panamá donde no existe esta categoría de actos de mutuo acuerdo para finalizar el procedimiento administrativo, aunque en la práctica ocurra con la aplicación supletoriamente de normas de derecho civil, sin embargo sigue sin quedar claro, a que acuerdos de voluntad, dentro de la categoría de actos administrativos se está refiriendo la Ley 38 de 2000³⁵. En Panamá contamos con una legislación independiente que regula la contratación pública, sin embargo, para efecto de presentar recursos, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha identificado el propio contrato como el acto administrativo atacable ante la jurisdicción, aunque lo que viole alguna norma de derecho objetivo y afecte intereses legítimos sea uno de los actos preceptivos como la autorización para contratar directamente emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas, o la adjudicación de la licitación.

Por otro lado, nada impide a que estén considerados dentro de la teoría del acto administrativo otros acuerdos de voluntad, como por ejemplo el acto de aceptación

³⁵ **García de Enterría**, Eduardo. Op. Cit., expresa que el acto administrativo es esencialmente un acto unilateral, lo cual no excluye que la voluntad del administrado pueda jugar como presupuesto de existencia (por ejemplo, la resolución de conclusión de un procedimiento por desistimiento o renuncia del interesado, artículos 90 y 91 LPC; el otorgamiento de una autorización, que presupone una solicitud del interesado, o como condición de eficacia; la toma de posesión de un funcionario, la aceptación de concesiones administrativas, etc. **Garrido Falla**, Fernando. (Tratado de Derecho Administrativo, parte general, volumen I, editorial Tecnos, decimotercera edición, 2002, p.565) expresa que no hay duda que los actos administrativos por antonomasia son los unilaterales, hasta el punto de que aún está en discusión la completa admisibilidad de los actos plurilaterales (contratos y convenciones en que intervengan simultáneamente las administraciones públicas y particulares)

de una concesión, una donación del Estado, un acuerdo de cooperación interadministrativa, entre otros. Esta inclusión puede entenderse si se toma en cuenta que la ley de procedimiento panameña, como lo documenta **Sheffer Tuñón** recibió influencia de la doctrina argentina, en donde existen los actos administrativos bilaterales como categoría.³⁶

Volviendo a la declaración. Esta debe entenderse como un proceso de exteriorización intelectual de la Administración como persona jurídica. En consecuencia quedan excluidos los actos materiales³⁷. El pronunciamiento declarativo, de acuerdo a **Dromi**³⁸, quien incluye en la declaración, las diferentes manifestaciones expresadas por Zanolini en su concepto de acto administrativo, puede ser:

1. De decisión, cuando va dirigido a un fin, a un deseo o querer de la Administración; por ejemplo, una orden, permiso, autorización o sanción;
2. de cognición, cuando certifica el conocimiento de un hecho de relevancia jurídica; por ejemplo, certificaciones de nacimiento, defunción e inscripciones en registros públicos;
3. de opinión, cuando valora y emite juicio sobre un estado, situación acto o hecho; por ejemplo certificados de salud o higiene.

Los actos administrativos generales no normativos se encuentran también dentro de las declaraciones, sin embargo los reglamentos normativos, no importa su denominación, por su naturaleza creadora de derecho e innovadora del ordenamiento están encuadrados dentro de las fuentes del derecho Administrativo y

³⁶ En Argentina por ejemplo, la discusión no es pacífica. La Corte Suprema de Justicia adoptó en 1976 la tesis amplia en torno a la figura del Acto Administrativo, es decir, la que incluye tanto las declaraciones unilaterales de voluntad como las bilaterales, manteniéndose oscilante desde entonces. **Diez**, Horacio. La Impugnación de los Actos Administrativos contractuales en Derecho Procesal Administrativo, Libro Homenaje a Jesús González Pérez. Juan Carlos Cassagne (Director). Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004. , p. 1264-1265.

³⁷ Son también denominados actos de pura ejecución y se diferencian de los actos administrativos en que tienen su sustento en un acto jurídico habilitante previo: no es lo mismo la orden de detención dictada por la autoridad que la detención efectiva del criminal, ni el sacrificio de animales afectados por una epidemia que la orden de sacrificarlos. Kormann, cit. por Garrido Falla, Op. Cit. p.544-545.

³⁸ **Dromi**, José Roberto. El Acto Administrativo, Instituto de Estudios de Administración Local, Buenos Aires, 1985. p. 16.

no pueden ser considerados como declaraciones de voluntad emitidas en ejercicio de potestades administrativas.

b. Celebrado conforme a derecho por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado

Ésta afirmación, está de más decirlo, guarda relación con el principio de legalidad al que está sujeto toda la actuación administrativa. En cuanto a la calidad de autoridad u organismo público que celebra el acto administrativo entramos al campo de la discusión sobre qué debe entenderse por Administración Pública y si están incluidas o no las entidades que según gran parte de la doctrina excluye este concepto, tales como el Poder Judicial y el Poder Legislativo. De acuerdo al enunciado de la Ley 38 de 2000, se puede apreciar que se busca un concepto funcional de acto administrativo. Es decir, habría que determinar qué funciones administrativas se desempeñan dentro de los mencionados poderes y cuáles de estas, tienen efectos jurídicos hacia terceros, para enmarcarlas dentro del concepto de acto administrativo.

c. Para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica

Esta condición del acto administrativo, la desarrolla con gran propiedad **Garrido Falla**. Este autor en su clasificación del acto administrativo, por razón del contenido del acto y de sus efectos, sostiene que hay meros actos administrativos y actos negocios jurídicos (creación producto del traslado de la teoría del negocio jurídico privado de los pandectistas alemanes al campo del Derecho Público. Posteriormente acogida por los iuspublicistas italianos)

Con estos actos negocios jurídicos según este autor, la Administración quiere además de producir el acto, generar además efectos jurídicos, a diferencia de los “meros actos administrativos”, en donde la voluntad del órgano se dirige únicamente al cumplimiento del mismo³⁹.

³⁹ Op. Cit. p.573-576.

De este modo, existen en la doctrina una distinción de dos categorías fundamentales de negocios jurídicos, los destinados a aumentar la esfera jurídica de los particulares, asimilables a los actos favorables y los que tienen por efecto limitarla, equiparable a los actos desfavorables o de gravamen. En nuestra definición de acto administrativo, podríamos decir que la *creación* se enmarca dentro de los actos favorables, la *modificación* dependerá del aumento o disminución de la esfera jurídica y al igual que la *transmisión*, mientras que la *extinción* en la mayoría de los casos será un acto de gravamen, salvo contadas excepciones como el caso del mutuo consentimiento materializado a través de un acto administrativo.

La creación, modificación, transmisión, o extinción, debe también entenderse en sentido negativo: no creación, no modificación, no transmisión o no extinción. Por ejemplo en la negativa de la administración de conceder una licencia, hay una voluntad de no creación de la relación jurídica.

En consecuencia de lo expresado y con el objeto de identificar para la doctrina panameña, basándonos en la doctrina extranjera, que actuaciones de la Administración son actos administrativos para efectos de la definición contenida en la Ley y por lo tanto requieren de formalización a través del cauce por el que tiene que atravesar los mismos, los negocios jurídicos que amplían la esfera jurídica de los particulares, serían, entre otros:

1. Los nombramientos;
2. Las concesiones;
3. Las autorizaciones;
4. Las aprobaciones;
5. Las dispensas o excensiones;
6. Adjudicaciones;

Mientras que los negocios jurídicos que restringen la esfera jurídica de los particulares están representados por:

1. Las órdenes particulares (positivas, que la doctrina denomina mandato, por ejemplo la orden de retirar unos escombros o negativas, mejor conocidas

como prohibiciones, por ejemplo, la orden de no construir por hallazgo de bienes de patrimonio cultural).

2. Los actos que extinguen derechos subjetivos (expropiaciones⁴⁰, revocaciones, suspensiones).
3. Los actos que imponen sanciones disciplinarias (representados por las multas, expulsiones, etc.).

Ahora queda precisar qué actos administrativos no tienen categorías de negocio jurídico, es decir, no consisten en declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos y por lo tanto descienden a la categoría de meros actos administrativos.

Garrido Falla sostiene que hay que distinguir, las actuaciones que se dan en la esfera interna administrativa como en la esfera de sus relaciones con otros diferentes sujetos de derecho o administraciones, y de aquellos actos externos que él califica de “no negociables”. Entre los más importantes este autor destaca:

1. Las comprobaciones
2. Los certificados o certificaciones
3. Las inscripciones o clasificaciones
4. La absolución de consultas

No obstante este análisis, aplicable al concepto de acto administrativo, hay otras actuaciones de la Administración que escapan a este concepto de acto administrativo negocio jurídico, o de mero acto administrativo.

Respecto a la relación jurídica, **González-Varas** la explica no desde el punto de vista de la existencia de actos o actuaciones, sino de posiciones jurídicas distintas o contrapuestas; sostiene que concretamente el interés del ciudadano podrá consistir, en esencia, en la anulación de un acto o en que la Administración realice la actuación que le interesa. En consecuencia, tendrán que existir pretensiones procesales administrativas que sean cauce procesal adecuado a dichos intereses

⁴⁰ **Parada** excluye las expropiaciones de entre los actos extintivos de derechos. Las enmarca como una clasificación aparte, como un acto traslativo de derechos. Sustenta su posición en que a diferencia de los demás actos extintivos como las revocaciones o suspensiones, por ejemplo de una licencia, en las expropiaciones hay indemnización para el que sufre la extinción de su derecho. **Parada**, Ramón. Derecho Administrativo I, Parte General, Editorial Marcial Pons, Decimoquinta Edición, p.110.

(respectivamente, pretensión de anulación o pretensión a una prestación o actuación)⁴¹.

El problema está en determinar qué actuaciones de la Administración y cuáles de las peticiones o solicitudes generan la relación jurídica, y cuáles no, lo que analizaremos más adelante en este capítulo.

d. Que en algún aspecto queda regida por el derecho administrativo

Recapitulando, el concepto en Panamá busca incluir dentro de los actos formalizados, los que además de consistir en una declaración o un acuerdo de voluntad, emitido conforme a derecho, por un organismo público, en ejercicio de una función administrativa, que genera efectos jurídicos, pueda además estar en algún aspecto regido por el derecho administrativo. De modo que cabría buscar las actuaciones que quedan excluidas del concepto, por no estar regidas en ningún aspecto por el derecho administrativo, como ocurre con la actividad privada de la Administración, que en nuestro país es bastante limitada y con ejemplos de difícil configuración.

Como se puede observar, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas se maneja un concepto procesal de acto administrativo; el que permite acceder a la justicia administrativa. Algunas legislaciones se detienen a definir escuetamente que se debe entender por acto administrativo, otras dejan entrever a través de su normativa lo que se debe entender como tal, (como lo hace la legislación española), otras permiten que la jurisprudencia se encargue de esta tarea, y están las legislaciones que definen expresamente, con gran amplitud, lo que debe entenderse por acto administrativo, incluyendo hasta los elementos que debe contener todo acto administrativo para ser válido, todo esto en función de la mayor protección de los administrados frente a las arbitrariedades de la Administración y en teoría para encausar a la administración por el correcto desarrollo de sus tareas en beneficio del interés público. Las legislaciones que definen el concepto de acto administrativo

⁴¹ **González-Varas**, Santiago. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1999. p .49.

tienen sus defensores y sus detractores, del mismo modo que las que lo omiten cuentan con los suyos.

En este punto, merece la pena preguntarse lo siguiente: ¿Por qué es importante delimitar o no el concepto de acto administrativo?, ¿Es beneficioso para la Administración y para los particulares, reales destinatarios del procedimiento administrativo, que se encuentre definido el concepto en las leyes de procedimiento administrativo? ¿Es más beneficioso que se maneje un concepto jurisprudencial más flexible que permita la adaptación del concepto procesal a los cambios? O, ¿resultaría más positivo desvincular el concepto de acto administrativo totalmente del concepto procesal y construir el acceso al contencioso administrativo bajo otros esquemas?⁴²

La respuesta a estas preguntas es importante para avanzar en el reconocimiento de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos, de forma que se mantenga el equilibrio entre el respeto de los conceptos tradicionales del derecho administrativo, como el de acto administrativo, fundamental para garantizar la formalización de la relación jurídico-administrativa, y la garantía de acceso al contencioso administrativo cuando la Administración vulnere dichos derechos e intereses.

Título II

El Acto Administrativo como Objeto del Proceso Contencioso Administrativo

En algunos de los países, cuyas legislaciones analizamos al realizar esta investigación (fundamentalmente de Latinoamérica) se ha superado el carácter revisor de actos administrativos previos del contencioso administrativo, no obstante, la referencia directa al acto administrativo como objeto del proceso contencioso

⁴² **Garrido Falla** sostiene, que al comenzar a desarrollarse las instituciones propias de la justicia administrativa, no era solamente importante la exclusión de la fiscalización de los tribunales de las funciones administrativas. Surge la necesidad de construir un concepto funcional a efectos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En consecuencia lo que interesa saber es: en primer lugar, cuáles son los actos de la Administración sometidos al principio de legalidad y condicionados por un régimen especial y en segundo lugar, en qué medida esos actos pueden ser fiscalizados por una jurisdicción revisora. El desarrollo de estos dos aspectos representan el contenido y cometido de la doctrina moderna del acto administrativo. Op cit. p.539.

administrativo todavía se puede observar en varias legislaciones (incluyendo la Panameña).⁴³

En España como veremos en el próximo capítulo todavía hay autores que siguen debatiendo si con la LJCA de 1998 se superó o no totalmente este carácter revisor, sin embargo, por muchos años, el acto administrativo, como acto previo, fue la base sobre la cual de forma directa o indirecta se determinó el acceso a la justicia contencioso administrativa.

Si revisamos las diferentes constituciones políticas de Latinoamérica y las colocamos frente a la normativa que desarrolla los artículos relacionados con el contencioso administrativo, veremos que no siempre hay una coherencia entre ambos textos. Esto afecta fundamentalmente el objeto del contencioso administrativo, el cual se ve desdibujado.

En otros casos como el de Panamá, se requiere de una reforma constitucional para que no haya dudas sobre cuál es el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa y las normas que la desarrollan no encuentren excusas para la existencia de una jurisdicción plena que tutele los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados, superando definitivamente el carácter revisor. (Cabe destacar que en los modelos que estudiaremos en el segundo capítulo, la Constitución ha sentado las bases para la transformación del objeto y acceso del contencioso administrativo).

⁴³ Por ejemplo en la Constitución de Ecuador en su artículo 173 señala lo siguiente: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función judicial”. Por su parte, la Ley 35 de 18 de marzo de 1968 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala en el artículo 1, respecto al objeto de esta jurisdicción que: “El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante. Como complemento del carácter revisor de actos administrativos previos, el artículo 2 expresa lo siguiente: “También puede interponerse el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos”.

Si analizamos el objeto del contencioso administrativo en las legislaciones de Latinoamérica, veremos como el concepto procesal de acto administrativo, salvo excepciones como el caso de Costa Rica y Colombia, que estudiaremos con detenimiento en el segundo capítulo de esta investigación, tienen una relación directa con el acceso al contencioso. Veremos igualmente que en algunos casos, se ha seguido los pasos del modelo español, en virtud de la influencia que ejercieron en Latinoamérica tanto la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, como la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de 1956, derogada por la LJCA de 1998.

A. El tránsito hacia las pretensiones sobre las actuaciones administrativas como objeto del proceso

En este sentido el modelo a seguir ha sido el de la LJCA española de 1998, que dio un giro respecto al objeto del contencioso administrativo, adecuándolo al artículo 24 de la Constitución, y orientándolo hacia una concepción subjetiva del control de la legalidad de la actuación administrativa reconociendo nuevas pretensiones procesales sobre estas actuaciones, sobre la inactividad de la Administración y las vías de hecho, lo que permite decir, como bien lo sostienen algunos autores, que se pasó de un sistema basado en la lógica objetiva del acto a uno basado en la lógica de la pretensión sobre actuaciones administrativas, con pronunciamientos acordes con la pretensión ejercitada, lo cual a su vez trae una mejora de la calidad de la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.⁴⁴

La Ley Peruana, podría decirse que se encuadra dentro de las legislaciones que han hecho el tránsito de un contencioso objetivo, revisor de actos administrativos a uno de carácter subjetivo. Tal como lo señala **Danós Ordóñez**, en desarrollo del artículo 148 de la constitución peruana, en el año 2002, entró en vigencia la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo (Ley N°27584), que representa la primera ley emitida dentro del ordenamiento peruano que regula específicamente el proceso contencioso, la cual fue diseñada para que el juez no pueda limitarse a efectuar un mero control de la validez de los actos administrativos, sino que tiene que garantizar

⁴⁴ Véase **González-Varas Ibáñez**, Santiago, dentro de Derecho Administrativo en Iberoamérica, 2da edición, op. cit. p. 660-661

la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por los diversos tipos de actuaciones administrativas.⁴⁵

La mencionada Ley, como sostiene este autor, también proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el Derecho Administrativo, y contiene con fines ilustrativos y orientadores, una relación de las actuaciones que pueden ser impugnadas ante el contencioso, que comprenden en primer lugar, los actos administrativos, luego el silencio, la inercia o cualquier otra omisión formal de la Administración, así como la simple actuación material de la Administración sin cobertura formal, las actividades de ejecución de actos administrativos, las actuaciones sobre el personal dependiente de las Administración Pública, y las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos por la Administración Pública.⁴⁶

De igual manera, la legislación colombiana, como veremos en el próximo capítulo se ha enfocado en la pretensión sobre diversas actuaciones administrativa como objeto del contencioso administrativo.

B. La desvinculación del “contencioso al acto administrativo”.

Este modelo estaría representado por la legislación alemana, que ha servido de inspiración a algunas legislaciones latinoamericanas, entre ellas la costarricense, como se puede observar en las actas de discusión del proyecto de Ley que sirvió de base a la aprobación del Código Procesal Administrativo de 2006, (Ley N° 8508 de 28 de abril del 2006, publicada en 2008) donde dicha legislación y doctrina es mencionada en múltiples ocasiones como referencia, por diferentes miembros de la

⁴⁵ De hecho, los artículos 5 y 38 de esta Ley, permiten que entre las pretensiones que los demandantes pueden formular, soliciten: que se declare la nulidad, total o parcial, o la ineficacia del acto administrativo cuestionado, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines, y la declaración de contrario a derecho y el cese de toda actuación material que no se sustente en un acto administrativo y que se ordene a la Administración Pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentra obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo.

⁴⁶ Véase **Danós Ordóñez**, op. cit. p. 1172-1193.

Comisión Redactora, fundamentalmente en las discusiones relacionadas con el objeto del contencioso administrativo y la protección de los intereses legítimos.⁴⁷

Lo que hay detrás de la desvinculación del contencioso al acto administrativo, como se aclara en estas legislaciones, no es obviar el papel histórico que ha jugado el acto administrativo dentro del derecho administrativo, sino devolverle justamente el lugar que ocupa dentro del procedimiento administrativo formalizado. Se trata de devolverle al acto administrativo su naturaleza y que el contencioso administrativo se convierta en una jurisdicción plena, que conozca de pretensiones sobre actos administrativos, con todos sus elementos y efectos, pero también sobre otro tipo de actuaciones, conductas u omisiones administrativas, muchas de las cuales, quedan fuera del concepto procesal o el concepto amplio de acto administrativo, que defienden muchos autores.

En el segundo capítulo analizaremos con profundidad esta tendencia, para determinar sus aspectos positivos y los riesgos asociados a la mayor apertura del contencioso administrativo.

⁴⁷ "...y cuando se habla de situaciones jurídicas se está tomando en consideración un concepto globalizador que abarque obviamente, al interés legítimo, al derecho subjetivo. Pero a la vez, el interés legítimo no se circunscribe al ámbito estrictamente subjetivo, sino que como ya lo habíamos señalado a la hora de la introducción de la exposición se refiere también a los intereses legítimos objetivos. Y dentro de ellos la defensa de los intereses colectivos, los intereses difusos y la acción popular que luego veremos cuando analicemos la parte de la legitimación: activa y pasiva. Como bien señalaba don Óscar, en Alemania se ha utilizado el término: círculo vital o espacio vital, nosotros a la hora de hacer el planteamiento y la discusión optamos por este concepto de situación jurídica, pero, lo más importante es que esa apreciación normativa de situación jurídica insisto, no se circunscribe al ámbito subjetivo y de esa manera se rompe también el esquema ya superado prácticamente en cuanto al efecto de la pretensión dentro del proceso, de si se afecta un derecho subjetivo, un interés legítimo también tiene relación con la restitución o no de una situación jurídica individualizada. Esto está, totalmente, superado y por ello el concepto de situación jurídica queda en un marco, estrictamente abstracto, que va más allá de la dimensión, enteramente subjetiva y que se adentra también en la dinámica objetiva, con lo cual se rompe el esquema de las consecuencias de violación, en cuanto a la posible restitución de una situación jurídica individualizada, que no tiene que circunscribirse, única y exclusivamente, frente a la eventual afectación de un derecho subjetivo, y eso el proyecto lo supera". Participación del Dr. Manrique Jiménez Meza, miembro de la comisión redactora. Acta N° 4 del 27 de octubre de 2004.

C. Otras formas de manifestación de la Administración y el acceso al contencioso administrativo

Como bien lo señala **Sebastián Martín-Retortillo**, “no toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas, expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la Ley”. De hecho, señala, que la imposibilidad legal de controlar mediante los recursos administrativos las otras manifestaciones de la actividad administrativa, tan criticada en el derecho español, resultaba ya injustificable a la luz de los principios constitucionales, y en virtud de la creciente importancia cuantitativa y cualitativa de esas otras manifestaciones, lo que dio cabida a la aprobación de la nueva Ley de lo contencioso administrativa de 1998, con sus limitaciones.⁴⁸

En sentido similar se pronuncia **Arias García**, quien señala en sus “Estudios de Derecho Procesal Administrativo”, que la potestad pública administrativa (no legislativa o judicial) se materializa en actos, contratos, hechos, vías de hecho, operaciones y omisiones, pues a través de las mismas se está comprometiendo el aspecto volitivo o no volitivo del Estado que con todo, crea situaciones con efectos jurídicos⁴⁹.

Hasta ahora, hemos realizado un recorrido por la historia y la doctrina comparada sobre el acto administrativo, lo que nos permitió destacar la importancia que ha tenido y tiene esta figura dentro de la justicia administrativa. Sin esta construcción conceptual no hubiera sido posible luego de la Revolución Francesa delimitar de alguna manera ciertos comportamientos de la Administración que por afectar derechos particulares requerían de un especial control por un ente distinto al generador de la conducta u omisión.

⁴⁸ Véase **Martín-Retortillo**, Sebastián. Instituciones de Derecho Administrativo, editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2007, p. 363-364.

⁴⁹ **Arias García**, Fernando. Estudios de Derecho Procesal Administrativo. Sello Editorial Universidad de Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2013, p.33.

Analizamos la tipología de los actos y algunos conceptos, no obstante, a pesar de las diferentes construcciones doctrinales y jurisprudenciales que estudiamos, hay una multiplicidad de manifestaciones de la Administración que pueden afectar derechos subjetivos e intereses legítimos que quedan sin amparo dentro del concepto de acto administrativo amplio o restringido, o de la mezcla de ambos, que observamos por ejemplo en algunas definiciones contenidas en leyes de procedimientos administrativo latinoamericanas.

Muchas de estas manifestaciones están contempladas por la gran mayoría de las legislaciones estudiadas, como ocurre con el caso del silencio administrativo, otras situaciones no lo están expresamente, tal es el caso del tratamiento que recibe la inactividad de la Administración, y hay otras actuaciones o conductas que podrían afectar intereses legítimos, generar una relación jurídica o requerir que se demuestre su existencia o inexistencia, o se determine su contenido, que pudiesen requerir eventualmente de la tutela del contencioso, por lo que se hace necesario tomar en cuenta esas otras manifestaciones o conductas de la Administración que pueden afectar dichos derechos e intereses, para evitar que en la práctica, y es lo que ocurre por ejemplo en Panamá con habitualidad, y en España, en ocasiones: los jueces contencioso administrativos incurran en excesiva discrecionalidad, al momento de invocar la tutela judicial efectiva frente a algunas de estas situaciones o conductas, so pretexto de que se trata de la ampliación del concepto de acto administrativo, lo que ha llevado autores como **González Botija** por ejemplo, a escribir sobre “la tutela jurisdiccional de los otros actos administrativos”⁵⁰, ya que la doctrina del acto administrativo, del silencio administrativo o de la inactividad de la administración, acompañada de la nulidad como fórmula de pretensión tradicional, resultan insuficientes para tutelar debidamente todos los derechos que le pueden ser vulnerados a los ciudadanos, o incluso a una institución pública en virtud de relaciones interadministrativas.

En este sentido concuerdo con **Menéndez Rexach**⁵¹, cuando señala, respecto al acto administrativo como la principal puerta de acceso a la justicia administrativa,

⁵⁰ Véase **González Botija**, Fernando. Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. Revista de Administración Pública N°167, mayo – agosto, Madrid 2005, p. 223-251.

⁵¹ Cit. por **González Botija**, Ibídem, p. 248-249.

que quizás nos debemos olvidar de Zanobini, y centrarnos más en la Constitución, y yo agregaría, en los principios que rigen un Estado de Derecho, dentro de los cuales desde luego se encuentra la tutela judicial efectiva, aunque no esté directamente expresada en la Constitución, como ocurre en el caso de Panamá, como veremos en el tercer capítulo de esta investigación doctoral.

Al final, el problema está en la decisión de delimitar o no el concepto de acto administrativo para evitar los excesos que se pueden cometer si se adopta el concepto amplio de acto administrativo, y por otro lado, en la decisión de ampliar o no el abanico de pretensiones frente las actuaciones y conductas de la Administración que pudiesen vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos protegidos por la Constitución y las leyes.

Si tomamos en cuenta el concepto amplio de acto administrativo de **Zanobini** como punto de partida para analizar las diferentes manifestaciones y conductas de la Administración, el cual ha permeado al derecho administrativo español y por ende el latinoamericano, se parte de que para que exista un acto administrativo en sentido amplio, debe haber una declaración. Si observamos el diccionario de la Real Academia Española, esta palabra tiene varias acepciones, pero la que más se ajusta al concepto en análisis, es la que indica que se trata de una “manifestación del ánimo o de la intención”. Hasta este momento, esto incluiría hasta las actuaciones internas de las diferentes Administraciones Públicas.

En cuanto a que se requiere que la declaración sea de voluntad, una de las acepciones de esta palabra indica que para que exista voluntad, debe haber intención, ánimo o resolución de hacer algo. En consecuencia para que haya una declaración de voluntad debe haber una manifestación del ánimo o de la intención de hacer algo en un sentido u otro.

En cuanto al juicio, la acepción del diccionario más cercana al objeto de este estudio señala que se trata de una “opinión, parecer o dictamen”. En consecuencia una declaración de juicio consistiría en una manifestación del ánimo que se expresa a través de opiniones o criterios que se emiten sobre algún tema o situación en particular.

Con relación al conocimiento, el diccionario señala que es la acción de conocer, y esto último se percibe como entender, saber y advertir. Por ende, una declaración de conocimiento consistiría en una manifestación de que se entiende, se sabe o que se da por advertidos uno o varios hechos o situaciones.

Sobre el deseo, el diccionario sostiene que se trata de anhelar que acontezca o deje de acontecer algún suceso, por lo que una declaración de deseo conllevaría la manifestación inequívoca por parte de la Administración, de que ocurra una situación.

Ahora corresponde analizar si todas las manifestaciones de la Administración pueden enmarcarse dentro de este concepto de acto administrativo en su sentido amplio, es decir, si en la actualidad pueden incluirse dentro en las declaraciones de voluntad, juicio, conocimiento o deseo, emitidas en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria, o si por el contrario, hay todo un conjunto de manifestaciones y/o conductas de la Administración en ejercicio de potestades públicas, que no entrarían en este concepto amplio, que podrían ser merecedoras de tutela judicial efectiva por existir una relación jurídica, derechos subjetivos o intereses legítimos en juego.

A continuación vamos a hacer un inventario de algunas de estas manifestaciones no sin antes analizar la discusión sobre cuándo estamos frente a derechos subjetivos, intereses legítimos o ante una relación jurídica que puede ser objeto de tutela por parte del contencioso administrativo.

1. Los derechos subjetivos, los intereses legítimos, la relación jurídico-administrativa, y la tutela judicial efectiva como base de la discusión

En algunas constituciones de Latinoamérica, y en España, se observan artículos⁵² que hacen alusión expresa a la necesaria protección de los derechos subjetivos

⁵²**Constitución de Costa Rica.** “Artículo 49. Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder

violentados y la defensa de los intereses legítimos, conectándolos con el derecho a una tutela judicial efectiva, y en consecuencia con el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa cuando se vulneran dichos derechos e intereses.

El problema, es que no siempre es posible establecer con claridad, o identificar en la legislación, cuándo hay un derecho subjetivo o un interés legítimo, que no necesariamente vulnere una garantía fundamental contenida en la Constitución, que requiere ser tutelado porque viola alguna norma de rango legal o reglamentaria por comisión u omisión, para que los jueces contencioso administrativos tengan un marco claro de referencia dentro del cual puedan actuar, sin paralizar a la Administración o desfigurar su misión de controlar la actividad administrativa en su conjunto, cuando se cometen abusos que violentan el ordenamiento jurídico.

Al final, es el esquema del contencioso administrativo el que termina definiendo, en función de su apertura (su carácter revisor o no de los actos administrativos, como base para el acceso al contencioso, por ejemplo) en qué medida se van a proteger los derechos subjetivos e intereses legítimos, y a determinar cuando existe la relación jurídico-administrativa que le sirve de amparo, y es a la jurisprudencia a la que le corresponderá, a través de sus decisiones, ir determinando el grado de protección de dichos derechos e intereses, así como la existencia o no de la relación jurídico-administrativa.

No encontramos en nuestra investigación, doctrina abundante que desarrolle estos temas, pero si hay un autor que se preocupó por abordarlos con gran profundidad

será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los **derechos subjetivos y los intereses legítimos** de los administrados". (Lo resaltado es nuestro)

Constitución de la República Oriental de Uruguay. "Artículo 311. Cuando el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a **un derecho subjetivo** del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso que se dicte..." "Artículo 318. Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un **interés legítimo** en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable...". (Lo resaltado es nuestro)

Constitución española. "Artículo 24.1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus **derechos e intereses legítimos**, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión." (Lo resaltado es nuestro)

fue **Garrido Falla**, quien dedica el título II de su Tratado (ahora publicado de manera póstuma, con la colaboración de **Palomar Olmeda y Losada González**) a desentrañar la teoría de la relación jurídico-administrativa, los derechos subjetivos y los intereses legítimos. Dentro de este título, en el capítulo V, se expone lo referente a las “situaciones jurídicas subjetivas” y a partir de allí como éstas se enlazan con la existencia de unos intereses legítimos que es necesario proteger cuando exista una relación jurídico-administrativa, por lo que empezaremos con el análisis de cuando se puede considerar que estamos frente a dicha relación.

a. La relación jurídico-administrativa

Como lo señalamos al desarrollar el concepto de acto administrativo en la legislación panameña, que contempla la necesidad de una relación jurídica para su existencia, siguiendo a **Garrido Falla**, para que exista la relación jurídica deben existir “situaciones jurídicas de poder” y “situaciones jurídica de deber” que queden entrelazadas entre sí con carácter permanente. De manera que la relación jurídica se da “entre dos sujetos de derecho cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos se corresponde necesariamente con una situación actualizada de deber de otro”.

Al respecto, una de las más de 25 definiciones de distintos autores (italianos, franceses, alemanes, españoles y latinoamericanos) que cita **Garrido Falla** en su Tratado de Derecho Administrativo, la de **Alessi**, expresa un poco este dilema al analizar el acto, e indirectamente la existencia de una relación jurídica a partir de la existencia de un procedimiento.⁵³

⁵³ “Alessi entiende que la noción de acto administrativo es demasiado amplia, por lo que hay que distinguir: A) la noción de procedimiento, que es la manifestación voluntaria de actividad de una autoridad administrativa, con autonomía estructural y funcional, dirigida a la inmediata y concreta realización de intereses públicos concretos y B) Los meros actos administrativos, que por falta de algunos de los elementos (estructural o funcional) de la definición anterior no constituyen procedimiento. Se trata aquí de actividades de carácter heterogéneo difícilmente sometibles a una teoría jurídica única. Pueden incluirse en primer lugar, las manifestaciones de voluntad de una autoridad administrativa dirigidas a constituir, modificar o disolver relaciones de derecho privado extrañas a la Administración (como el pronunciamiento del estado civil que une a dos en matrimonio); además, las manifestaciones de contenido legislativo o jurisdiccional. En segundo lugar, los dos siguientes grupos: de una parte, actos que producen efectos jurídicos externos en relación con terceros, de otra, actos que forman parte de un procedimiento, dirigidos a producir un procedimiento” Sistema Istituzionale del Diritto amministrativo. Milán, 1953, p. 235-239. Citado por Garrido Falla, op cit. p.549-550.

En este sentido, por ejemplo, yo puedo enviar una nota a la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, solicitando me vendan una serie de libros al final del periodo lectivo. Si me informan por escrito, que el procedimiento interno de descarte consiste en que se realiza un inventario de las ediciones anteriores, estas se llevan a un depósito y luego se entregan para reciclaje, por lo que no es posible acceder a mi solicitud debido a que hay un procedimiento dentro de las normas de la Universidad para deshacerse de las viejas ediciones, ¿en qué medida puedo considerar que la negativa es un acto administrativo e incluso activar la vía administrativa, para luego ir al contencioso en atención a la negativa? Donde está la relación jurídico-administrativa, o la violación del derecho subjetivo o interés legítimo que requiere de tutela. ¿Con la contestación de mi solicitud se ve satisfecho este derecho y el interés legítimo, o puedo ir más allá y solicitar un derecho a adquirir esas viejas ediciones?

Por otra parte, no puede haber relación jurídico-administrativa por el simple hecho de existir una petición o solicitud y una Administración, así como tampoco es posible que cualquier petición denegada genere un **acto administrativo** o una conducta recurrible en vía administrativa y luego ante el contencioso-administrativo⁵⁴. Lo importantes es que dentro del contencioso, existan diferentes cauces para hacer frente a la vulneración de los derechos subjetivos e interés legítimos, basados fundamentalmente en la pretensión procesal, previa comprobación de la relación jurídico-administrativa.

Garrido Falla, respecto al tema de la relación jurídica, que consideramos fundamental para entender el proceso de creación o nacimiento del derecho subjetivo, explica que es necesario distinguir la situación jurídica de la relación jurídica. Las situaciones jurídicas derivan del ordenamiento jurídico objetivo (normas), este otorga la posibilidad de actuar en un determinado sentido (poder) o

⁵⁴ **Entrena Cuesta**, sostiene que la relación jurídico-administrativa, como cualquier tipo de relación jurídica, puede tener su origen en la ley, de forma directa o indirecta, o en los hechos jurídicos. El más importante de estos hechos, aunque no el único, es el acto administrativo. El origen legal directo se produce cuando la relación nace sin que intervenga la Administración, por ejemplo cuando un escritor inscribe una obra de su autoría en el registro correspondiente. La relación deriva indirectamente de la Ley, cuando, si bien interviene la administración, su actuación tiene carácter reglado. Por tanto, como quiera que la Administración se limita a seguir fielmente lo dispuesto en la Ley, la relación tiene su origen en el acto administrativo. **Entrena Cuesta**, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos, decimotercera edición, Madrid, 1999.

una limitación respecto a la libertad de actuar (deber) Estas situaciones jurídicas de poder y deber, son múltiples y se pueden contraponer. Por ejemplo:

- La posibilidad de obrar en determinado sentido (poder) tiene correspondencia con el deber que pesa sobre otro sujeto de soportar dicha actuación (deber).
- La posibilidad de oponerse al obrar de otro (poder) guarda correspondencia con el deber que sobre este último, pesa de abstenerse de obrar (deber).
- La posibilidad de exigir que otro obre (poder), se corresponde con el deber de obrar de este último.

El concepto de relación jurídica se forma a través de la correspondencia de estas situaciones y otras más, de forma permanente. En consecuencia, la relación jurídica es la que se da entre dos sujetos de derecho cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos se corresponde necesariamente con una situación actualizada del deber de otro. De esta manera las situaciones jurídicas que quedan enlazadas, mediante una relación jurídica son las conocidas con el nombre de derecho subjetivo y obligación. Todo derecho subjetivo postula un obligado y entre el titular del derecho y el obligado se da una relación jurídica⁵⁵.

Podría sostenerse en consecuencia, que existirá relación jurídica, creada o no, modificada o no, extinguida o no, si existe un derecho subjetivo (poder) y una obligación (deber) de la Administración. De lo contrario, como en el caso que expusimos de la petición a la biblioteca, habrá un derecho de petición del administrado y un deber de información del procedimiento por parte de la Administración, pero no una relación jurídica, ni un derecho subjetivo e interés legítimo vulnerado.

b. Los derechos subjetivos y su tutela frente a la Administración

Los derechos subjetivos y las correspondientes obligaciones que estos conllevan, de acuerdo a **Garrido Falla**, son las situaciones que quedan enlazadas mediante el

⁵⁵ **Garrido Falla**, Op. Cit. p 509-510.

concepto de relación jurídica, de manera que todo derecho subjetivo conlleva un obligado (no siempre ocurre en sentido contrario) y entre el titular del derecho y el obligado se da esta relación jurídica.

En cuanto al derecho público subjetivo, que es el tutelado por la jurisdicción contencioso administrativa, este autor plantea la interesante discusión doctrinal sobre la evolución del derecho subjetivo que tuvo su postura clásica en **Jellinek** cuando señala que se trata de “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o a un interés”, mientras que **Alessi**, se opone a este criterio basado en la protección del interés por la norma, al señalar que no tiene sentido hablar de derecho subjetivo como un mandato que ya se encuentra contenido en la norma de derecho objetivo, por lo que propone, tomando en cuenta que toda norma impone un vínculo u obligación, cuyo elemento teleológico consiste en la realización de un interés que pertenece a otro sujeto al que se le viene a asegurar así una utilidad adecuada a su satisfacción, la cual se garantiza imponiendo un deber o abstención a o todos los demás (derechos reales), o como expectativa garantizada de una determinada prestación (derechos de obligación) de allí a que el derecho subjetivo se debe definir como “la garantía legislativa de una utilidad sustancial, directa o indirecta para el sujeto titular”.

Garrido Falla, considera que ambas posiciones no son tan distintas, y que la segunda hace referencia a la primera, pero desde otra óptica, acercándola a la tesis de **Ihering** sobre el interés jurídicamente protegido.

De modo que la diferencia entre ambas posturas consistiría en que en la definición de **Alessi**, el interés no es un elemento intrínseco, sino extrínseco del derecho subjetivo, y que el derecho subjetivo no consiste en la protección del interés, pues dicha protección viene lógicamente antes, siendo el derecho su efecto, por lo que la concepción usual de la relación jurídica como la que “liga directamente al titular del derecho subjetivo con el sujeto obligado debe modificarse en el sentido de que la relación se da, de un lado, entre normas jurídicas y sujetos obligados (dando lugar al

vínculo), y de otro, entre normas y titular del derecho subjetivo (dando lugar a la garantía)”⁵⁶

Lo anterior nos conecta con su relación con los derechos públicos subjetivos de los que es titular la Administración Pública, los cuales pueden surgir de la Ley o mediante el ejercicio de una potestad administrativa, que requiere actos administrativos de ejecución.⁵⁷

c. La protección de los intereses legítimos

Siguiendo a **Garrido Falla**, existe una conexión entre derecho subjetivo y ordenamiento jurídico que produce que el desconocimiento o vulneración de aquel, constituye siempre y simultáneamente infracción de una norma jurídica, lo cual no es necesariamente recíproco. En el conjunto de normas jurídicas que constituyen el Derecho Administrativo y que establecen dicha conexión, están las que han sido dictadas para garantizar frente a la actividad administrativa, situaciones jurídicas individuales, y las que han sido dictadas fundamentalmente para garantizar una utilidad pública.

Las primeras, como lo señala **Guicciardi**, podrían considerarse como normas de relación y las segundas como normas de acción.⁵⁸ En las primeras se crea un vínculo directo entre el derecho subjetivo y la norma de derecho administrativo, mientras que las segundas se refieren a la organización, al contenido y al procedimiento que ha de presidir la acción administrativa, sin embargo, tales conductas obligatorias no necesariamente se corresponden con derechos subjetivos de los que sean titulares determinados particulares. En las primeras es clara la relación jurídico-administrativa y por lo tanto el interés legítimo, pero en las segundas puede haber administrados o ciudadanos para los que del cumplimiento o no de las normas de acción por parte de la Administración, resulte ventaja o desventaja de modo particular respecto a los demás.

⁵⁶ Véase **Garrido Falla**, op cit. p. 518-524.

⁵⁷ Ejemplo de lo primero, estaría representado por la obligación que tienen los impresores en España (y en muchos países de Latinoamérica, incluido Panamá), de depositar varios ejemplares de los libros que imprimen con destino a las bibliotecas del Estado, y de lo segundo, en la expropiación forzosa. *Ibídem*, p. 24-25.

⁵⁸ **Guicciardi**. *La Giustizia Amministrativa*, 2ª edición, p. 8 a 15. Cit por **Garrido Falla**, op cit. p. 526.

De manera que los actos administrativos producto de las normas de relación o de acción que se dicten producirán diferentes grados de beneficio o afectación a los particulares, y señala **Garrido Falla**, que ciertos administrados van a tener un interés cualificado respecto de la legalidad de determinados actos administrativos y esta es la noción de interés legítimo que requiere de la protección del ordenamiento jurídico, porque tienen relevancia jurídica, ante lo cual hay acuerdo doctrinal. En lo que no hay acuerdo es sobre cuando las consecuencias jurídicas derivan de una protección directa de tales intereses, aunque menos intensa que en el caso de los derechos subjetivos, por tratarse de un efecto reflejo del derecho objetivo o se trata de intereses vagos e imprecisos que no están claramente protegidos por el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como simple o mero interés particular.⁵⁹

d. La tutela judicial efectiva

Este principio, está contenido en un gran número de constituciones políticas de Estados democráticos⁶⁰, y en Convenciones internacionales⁶¹ relacionadas con la

⁵⁹ Véase **Garrido Falla**, Ibídem. p. 525-527. El autor, al explicar el grado de interés legítimo de los actos administrativos productos de las normas de acción, señala que en primer lugar, puede ser el resultado de la “particular posición de hecho en que uno o algunos ciudadanos se encuentran, que los hace más sensibles que otros frente a un determinado acto administrativo, así, si la Administración municipal acuerda cerrar una calle al tránsito, tal decisión afecta más directamente que a cualquier otro vecino, a los que tiene el acceso a sus viviendas precisamente en dicha calle (y piénsese que situación es tanto más grave para los comerciantes en ella establecidos). En segundo lugar puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo que se discute (por ejemplo, el acto que resuelve unas oposiciones con respecto a quienes han tomado parte de ellas).

⁶⁰ Por ejemplo: Alemania, Italia, España, Argentina, Colombia.

⁶¹ El derecho fundamental de toda persona de acceso a tribunales independientes de procura de justicia se puede observar en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Igual reconocimiento se puede observar en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de enero de 1950, donde se estipuló el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante una instancia nacional ante la violación de los derechos y libertades allí reconocidas. También, en fecha posterior la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en el año 2000, se reconoció expresamente, en su art. 47, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Y en América, se puede observar este reconocimiento en el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969. En este último, ratificado por Panamá, se desarrolla ampliamente este derecho fundamental en el artículo 8.1. Se reconoce específicamente el derecho a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente, independiente, e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Por otro lado, el artículo 25.1 como corolario dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea

protección de derechos humanos, previas a muchas de dichas constituciones. Incluso podría decirse que incluso les han servido de inspiración para el reconocimiento de muchos derechos fundamentales dentro de las mismas.

Con relación al contencioso administrativo, el problema está en delimitar un marco dentro del cual se pueda mover la discrecionalidad de los jueces para la protección de este derecho, sin que se cometan abusos que atenten contra la seguridad jurídica, contra los derechos de la Administración y el interés público, que desde luego merecen también protección.

En este sentido son interesantes las conclusiones de **Aráujo-Oñate**, quien en un interesante artículo⁶² donde analiza el tema del acceso a la justicia administrativa y la tutela judicial efectiva, reconoce la necesidad del justo y difícil equilibrio, con lo cual concordamos plenamente. Sostiene que existe la necesidad de fortalecer los sistemas de protección de derechos fundamentales, y los derechos público subjetivos e intereses legítimos dentro del procedimiento administrativo, así como dentro del proceso contencioso administrativo, para lo cual es necesario establecer los presupuestos sobre los cuales se debe ponderar de manera circunstanciada los derechos de las partes del proceso respecto al interés general, de modo que con ello el juez pueda garantizar la ejecución de la sentencia, evitar perjuicios irremediables y lograr la protección efectiva de los derechos individuales, por lo que se requiere una nueva visión legislativa (lo cual no solo aplica a Colombia), que permita extraer no solo las garantías procesales, sino procurar que el sistema de control sea completo, denso y efectivo, para lo cual se deben implantar formas de control subjetivo y cobijar situaciones de extrema urgencia, así como la inactividad, las vías de hecho, evitando establecer requisitos desmesurados que hagan difícil la protección de los derechos e intereses legítimos, lo cual revierte en el juez, que tiene la difícil tarea de asumir una aptitud *pro actione* y favorecedora de los derechos

cometida por persona que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales". Un análisis más profundo y detallado sobre esta evolución se puede ver en **Perrino**, Esteban. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicado en la Revista de Derecho Público, editorial Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, p.257-294. Versión digital disponible en <http://mail.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/tutela%20judicial%20efectiva%20UCA%202003-3>.

⁶² Véase **Aráujo-Oñate**, Rocío Mercedes. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Colombia, 2011, 13,(1), p. 247-291. Versión digital disponible en <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1513>

fundamentales en equilibrio con el interés general, fundamentado en las garantías procesales que establece la Constitución, y para terminar debe procurarse una regulación que canalice todas las actuaciones administrativas para evitar la yuxtaposición entre los mecanismos de protección legal y los constitucionales, lo cual en el derecho comparado se observa siempre como una preocupación desde el punto de vista competencial.

Al final la disyuntiva está en desarrollar en la normativa, a través de un marco no restringido, sino orientador, estos conceptos que se encuentran en las constituciones políticas y convenios internacionales, o dejar que sea la jurisprudencia la que vaya haciendo su trabajo de depuración, como ocurre con el vino que requiere de decantación.

e. Otras formas de manifestación de la Administración

Como ya lo expresamos, la Administración se manifiesta de diferentes maneras. La mayoría de las veces a través de procedimientos formalizados, que dan como resultado una resolución final y definitiva, que puede representar una exteriorización de voluntad, deseo o conocimiento, lo que representa el concepto amplio de acto administrativo, o a través de una declaración unilateral de voluntad, de contenido decisorio para crear o modificar una relación jurídica (concepto restringido), sin embargo dentro de estas manifestaciones o decisiones, hay algunas que requieren que se le dé un giro, como es el caso del silencio administrativo, que representa una conducta administrativa omisiva al no resolverse una solicitud o el recurso interpuesto, o cuando hay inactividad formal o material, ya que también allí hay omisiones antijurídicas que merecen tutela. Por otro lado están las manifestaciones que no encajan dentro de estas categorías y requieren un cauce procesal, un modelo de acceso distinto a los tradicionales para que pueda ser analizada la legalidad de conductas que se salen de los patrones tradicionales.

1) El silencio administrativo como solución inacabada

Dentro de la literatura jurídica revisada hay muchos estudios en revistas especializadas que analizan el tema, fundamentalmente a partir de sus

contradicciones e insuficiencias, pero hay muy poca información sobre propuestas para mejorar la aplicación de esta técnica jurídica ideada para evitar la indefensión de los ciudadanos ante la falta de respuesta de la Administración, permitiéndose la activación de la vía jurisdiccional al transcurrir un plazo luego de una solicitud o interposición de un recurso.

Lo que nos gustaría analizar en este apartado, es si el silencio administrativo debe considerarse simplemente como una manifestación de la Administración con efectos jurídicos, o los efectos jurídicos se producen por esa falta de manifestación de voluntad, porque es un hecho que la Ley le otorga consecuencias jurídicas. Estudiar si es importante o no la intencionalidad, o si por el solo hecho de que transcurra el plazo, se supone que la Administración quiere enviar un mensaje al administrado. A partir de ello plantear por qué dentro del esquema del contencioso revisor o del contencioso que admite pretensiones sobre los actos administrativos, es insuficiente para lograr los fines para los cuales se ha diseñado la teoría que hay detrás de esta creación jurídica.

a) Antecedentes y naturaleza jurídica

Garrido Falla sostiene que en sus comienzos la doctrina del silencio administrativo se limitó a ser una puerta abierta para que el particular plantease ante la jurisdicción contencioso administrativa lo que la Administración no había querido resolverle favorablemente. Nos recuerda que el origen de la institución se dio en Francia, en el Decreto de 2 de noviembre de 1864, y luego en la Ley de 17 de julio de 1900⁶³, y que debemos comprender que antes de que esta institución fuese sometida a distintas y torcidas interpretaciones, el fin que se perseguía con esta ficción jurídica, fue el de impedir que, en determinados casos, el recurso contencioso-administrativo se convirtiese en puramente ilusorio.⁶⁴ **Arboleda Perdomo**, en complemento a lo

⁶³ Artículo 3ro: "En los asuntos contenciosos que no pueden plantearse ante el Consejo de Estado, sino en forma de recurso contra una resolución administrativa, cuando transcurra un plazo superior a cuatro meses sin que haya recaído resolución, la parte interesada: *podrá considerar como desestimada su petición y recurrir ante el Consejo de Estado*" **Hauriou**, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11.ed., París, 1927, pág. 371, citado por Garrido Falla, Fernando. "El silencio administrativo en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso administrativa", *Revista de Administración Pública* N°16, 1955, Madrid, p. 98.

⁶⁴ *Ibíd*em p. 92.

anterior, sostiene que nació como respuesta ante la ausencia de control de la inactividad de la Administración.⁶⁵

Concuerdo con **Garrido Falla** y otros autores, entre ellos **González Navarro**, en que el silencio administrativo tanto negativo como positivo no es una presunción, sino una ficción jurídica, un “como si” efectivamente se hubiera dictado un acto administrativo. Y la diferencia no es simplemente semántica, como lo destaca **González Navarro**, en su interesante artículo titulado: “El silencio Administrativo: ficción, trampa y caos”, que si bien alude a la legislación española, sus planteamiento son trasladables a la situación que se vive con el silencio en otras legislaciones que lo han adoptado como un acto presunto y no como una ficción jurídica, ya que hay una gran diferencia entre crear una ficción y considerar que la inactividad genera un acto presunto o un acto tácito con las consecuencias que se le ha querido dar al silencio tanto positivo o negativo que van mucho más allá de lo que originalmente se previó para esta ficción.⁶⁶

⁶⁵ Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Editorial Legis, Bogotá, Colombia, Segunda Edición, 2012, p. 135.

⁶⁶ **González Navarro** desarrolla la diferencia entre la ficción jurídica, las presunciones y los actos tácitos señalando que es un error bastante extendido calificar el silencio administrativo como una presunción o de “acto tácito” o “acto concluyente” como lo llaman otros autores. Para demostrar lo contrario y su importancia, hace un recorrido por el derecho romano, el derecho canónico, el derecho positivo español y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: “Me parece indicado empezar advirtiendo de que toda la seguridad con que me he pronunciado al establecer la distinción entre ficción y presunción me falta a la hora de precisar la distinción de que ahora voy a ocuparme. Llevo muy poco tiempo pensando sobre este otro problema y mi información sobre las ideas de los demás acerca del mismo es mínima. Lo que si puedo constatar es que suele darse por cierto la identidad entre el llamado silencio administrativo y los llamados actos tácitos o actos concluyentes. Y como se parte de esa identidad, lo que es tanto como decir que no se tiene conciencia de que nos encontramos ante un problema, y no se hace el menor esfuerzo por resolverlo. Dicho esto, invita al lector a que lea las dos normas de derecho administrativo contenidas ambas en el artículo 58, LRJPA que creo que pueden convencerle de que una cosa son los actos tácitos y concluyentes y otra cosa distinta las ficciones jurídicas (y consecuentemente, los actos ficticios actos que – lo diré una vez más- son actos nouménicos y no fenoménicos, actos que se perciben solo por los sentidos de la mente y no por los sentidos sensibles). Véase por lo pronto, un ejemplo de acto concluyente en el número 3 de ese artículo 58: Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior (indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, expresión de los recursos que procedan, etc.) surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda. Véase ahora un supuesto de ficción jurídica en el número 4 de ese mismo artículo 58: Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado. Lo sorprendente es que nadie hasta ahora haya reparado en lo que estoy aquí poniendo de manifiesto; porque la cosa no puede ser más clara: En el caso del número 3 tenemos unos actos efectivamente producidos, unos fenómenos que, en cuanto tales, son perceptibles por los sentidos sensibles:...que el interesado realice actuaciones que supongan el

Esto serviría para volver a sentar las bases filosóficas del silencio, y desvincularlo del carácter revisor del contencioso administrativo tal como lo destaca **Garrido Falla** al reflexionar sobre este tema, indicando que la importancia de la obligación de resolver arranca de los mismos orígenes de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto en Francia con el “*privilège de préalable*”, como en España, donde la producción de un acto administrativo previo era presupuesto indispensable para que la Administración fuese emplazada ante una jurisdicción revisora. No obstante, incluso superada la etapa del proceso al acto, el recurso contencioso administrativo, se sigue concibiendo en España y en muchos países de Latinoamérica, como vía jurídica para corregir ilegalidades cometidas por actos administrativos concretos, no para evitar daños futuros, por lo que la solución propuesta, fundamentalmente, como remedio para el silencio, a través de una instancia revisora que admite pretensiones de nulidad absoluta o relativa, no es suficiente para satisfacer los intereses colectivos de los administrados ante el silencio negativo, ya que con relación al positivo, a pesar de las buenas intenciones, los efectos prácticos esperados están muy alejados de las expectativas.

- b) La Insuficiencia del silencio administrativo para hacer frente a los intereses legítimos o restablecer los derechos subjetivos de los administrados.

El silencio administrativo representa una técnica, una ficción para evitar la arbitrariedad e irresponsabilidad de la Administración una vez transcurrido el plazo establecido por la Ley sin respuesta. Hace las veces de acto presunto o negativa tácita, cumpliéndose de esta manera el requisito procesal de existencia de un acto para acceder al contencioso-administrativo. En Panamá no existe el silencio positivo como regla general, por lo que la figura del silencio administrativo se considera siempre, salvo norma especial que establezca lo contrario, como una negativa tácita recurrible en la vía administrativa y ante el contencioso administrativo. Esta

conocimiento del contenido y alcance de la resolución... Estamos ante un supuesto inequívoco de acto tácito o, si se prefiere, de acto o hecho concluyente. En el segundo caso, en cambio, estamos ante una mera ficción jurídica. Sabemos con absoluta certeza que la notificación es defectuosa (en último extremo basta con “que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución”) y sabemos, también con absoluta certeza, que la notificación no se ha practicado (basta con que esté acreditado “el intento de notificación”). Sin embargo, la ley finge (“*super certum fingitur*”) que es como si la notificación cumpliera los requisitos exigidos por ella y como si, efectivamente, hubiese sido practicada.

instancia, ante la imposibilidad de dictar un acto, declara que el silencio es nulo o no lo es, pero siempre quedará el problema de la capacidad o no de los jueces de ordenar a la Administración en su sentencia que emita el acto solicitado, cuando se trata de solicitudes, ya que no pueden remplazar a la Administración. Aunado a esto, tenemos la imposibilidad de utilizar en nuestra legislación alguna medida cautelar frente al silencio, ya que la única que existe es la suspensión del acto administrativo, lo cual no tiene efectos prácticos frente al silencio negativo.

En este sentido, concuerdo con **Arboleda Perdomo** cuando señala que uno de los temas más discutidos del derecho administrativo es el de los efectos de la inactividad de la Administración, ante lo cual considera que es posible reducir el problema a la respuesta de tres preguntas puntuales: ¿cómo hacer para que la Administración actúe a tiempo?, ¿Cómo proteger los derechos de las personas afectadas por la inactividad?, y la última ¿debe el juez administrativo reemplazar a la Administración y adoptar las decisiones que ella retarda u omite? Ninguna de estas preguntas ha podido ser respondidas claramente por medio de la solución silencio administrativo positivo o negativo en las diferentes legislaciones. Así lo evidencian **Alonso Mas y Narbón Lainez**, en su monografía dedicada al silencio administrativo y su problemática procesal, que si bien se refiere a la legislación española, plantea problemas comunes relacionados con los plazos para recurrir, las medidas cautelares, la irracionalidad del silencio positivo, sus límites frente a la inactividad material, e incluso la formal, donde la nulidad del silencio negativo no ofrece reales soluciones a los ciudadanos cuyo derecho ha sido violentado con la omisión o falta de resolución.⁶⁷

Gómez Puente también manifiesta su opinión sobre la insuficiencia de la técnica del silencio administrativo, frente a la inactividad formal de la Administración, para solucionar el problema de las omisiones administrativas ilegales, y critica la insistencia de los esfuerzos reguladores de esta institución en España, (cuyo modelo

⁶⁷ Véase **Alonso Mas**, María José y **Narbón Lainez**, Edilberto. El Silencio Administrativo y su Problemática Procesal. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2009, p. 133-171.

básico ha sido exportado a muchas legislaciones de Latinoamérica) en vez de concentrarlos en la regulación de la inactividad administrativa.⁶⁸

2) La inactividad de la Administración

El acto administrativo es una expresión perceptible del querer de la Administración, expresado a través de diferentes formas, pero todas identificables con los sentidos, incluso la verbal, mientras que la inactividad se da cuando estando la Administración obligada a resolver o a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, porque así lo indica una norma otorgándole un plazo para actuar, no lo hace dentro de este término o dentro del requerimiento de los particulares beneficiarios de la norma.

Gómez Puente, en su completa obra “La Inactividad de la Administración”, luego de hacer un análisis semántico sobre el concepto de actividad y considerar que el concepto de inactividad administrativa como hábito “contra naturam” de la Administración Pública, puede definirse de manera simple, por oposición a lo debiera ser su comportamiento normal: la realización ordinaria de las tareas que le son encomendadas, la actividad.

El concepto jurídico de inactividad, sostiene, puede construirse a partir de tres elementos: uno **material**, que consiste en la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; otro **formal**, que convierte la situación de

⁶⁸ Señala este autor, que por más que el silencio administrativo juegue un papel importante “ante la falta de una declaración positiva de la Administración y se produzca un nuevo fenómeno de actividad formal, nada altera el contenido del deber infringido por la indolencia administrativa, por la inactividad, material o formal, que subyace al mismo mecanismo del silencio. De ahí las dificultades que, en ausencia de otras previsiones de índole procesal y sustantivo, hacen del silencio administrativo una técnica insuficiente”. Por otro lado señala que “el silencio administrativo sirve, básicamente, para constatar jurídicamente la omisión administrativa, para identificarla y dotarla de relevancia jurídica; función genérica a la que se añade, en determinados supuestos de inactividad (los de no producción de un acto administrativo) la de contrarrestar la ilegalidad de la conducta administrativa, bien abriendo las puertas al control jurisdiccional (silencio negativo), bien presumiendo la producción de un acto administrativo que contrarreste sus efectos (silencio positivo). Pero esta función reparadora tiene un alcance objetivo limitado, razón por la cual el silencio no resuelve por completo el problema de la inactividad, realidad que el legislador simula desconocer concentrando sus esfuerzos en la regulación del silencio, con regular fortuna en lo que la nueva LRJ-PAC, respecta, sin abordar de una vez por todas el fenómeno de la inactividad desde sus verdaderas dimensiones, más allá de la simple omisión de actos administrativos”. **Gómez Puente**, Marcos. La Inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S.A., segunda edición, Navarra, España, 2000, p. 56-57.

pasividad en una omisión por infracción de un deber legal de obrar o actuar y determina su antijuricidad; y un tercer elemento, algo impreciso que está ligado al formal, y que hace voluble este concepto jurídico debido a la contingencia de las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales que pueden perjudicar la acción legislativa y administrativa, y que lo hacen abierto, mutable y variable, como lo es el propio interés público. Este elemento es en el que descansa la efectividad de la tutela judicial, de modo que la inactividad en el fondo, según este autor, se define a partir de la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible. De manera que el tercer elemento sería: **contenido posible del deber legal**.

Con relación a las clases de inactividad, hay que empezar delimitando el campo de acción del silencio administrativo, ya que la discusión sobre su naturaleza como forma de inactividad formal no es muy pacífica, a pesar de que la primera clasificación doctrinal sobre la inactividad en España bajo la autoría de **Alejandro Nieto**, diferenciaba entre inactividad material y formal, considerando la primera como “una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias” mientras que la formal se refiere a “la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares”.⁶⁹

Gómez Puente, comparte algunos de estos criterios, pero decide clarificar la diferenciación. Considera que hay inactividad formal cuando hay ausencia de realización por la Administración de una declaración jurídica que resulta legalmente debida. Dentro de esta puede haber inactividad formal normativa cuando la Administración falta al deber legal de dictar normas o disposiciones de carácter general; lo que se puede denominar inactividad reglamentaria. Por otro lado estaría la inactividad formal convencional, cuando la pasividad se refiere al desarrollo de actividades de concertación, y la inactividad formal singular o procedimental que

⁶⁹ Posteriormente, como lo señala **Gómez Puente**, este autor modificó su clasificación ampliándola: Inactividad formal o silencial; Inactividad material negativa (jurídica si falta un acto jurídico, o fáctica cual falta una actuación material no condicionada por un acto administrativo); Inactividad material positiva (que consiste en la pasividad de la Administración en relación con el cese de una actividad ilegal) y; inactividad de efectos trilaterales (falta de actividad que repercute no sólo sobre quien mantiene la relación jurídico-administrativa, sino también sobre terceros interesados) *Ibíd*em, p. 111-112.

consiste en la no formulación de una declaración unilateral de voluntad, juicio, conocimiento o deseo a la que resulta legalmente obligada en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria, lo cual se traduce en la falta de ejercicio de una potestad administrativa a través de la correspondiente tramitación y resolución de un procedimiento administrativo.

Del otro lado tenemos la inactividad material, la cual define este autor a partir de la omisión o falta de realización de una actividad técnica, material o física de trascendencia externa a la Administración, lo cual incluye la inactividad prestacional o funcional, lo que según el autor, constituye la expresión más viva del significado del Estado social. Esta inactividad prestacional está ligada al derecho al establecimiento y prestación de los servicios públicos, y a pesar de la importancia que la satisfacción de las necesidades de una existencia digna acorde a los postulados y valores del Estado social, como lo destaca este autor, las técnicas jurídicas dirigidas a garantizar la actividad prestacional de la Administración no están aún perfiladas con rotundidad. Así se puede observar en las previsiones legislativas en el derecho español, que no son siempre lo suficientemente claras como para deducir de ellas una obligación jurídica en sentido subjetivo⁷⁰. Sin embargo en el

⁷⁰ Señala este autor, que en efecto, el artículo 15.2 LJCA advierte que es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración..., en los términos establecidos en esta Ley, pero se pregunta ¿qué términos son éstos? Son los que concreta el artículo 29.1 LJCA: “Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”, lo que evidencia que a la vista de este precepto no toda la inactividad de la Administración es susceptible de ser impugnada. En el caso de la obligación prestacional le corresponde a la Administración dar cumplimiento a las normas, y es aquí donde aparece alguna incertidumbre, ya que la Ley habla de que la prestación sea “en favor de una o varias personas determinadas”, e igualmente señala que debe darse la omisión de “una prestación concreta”, lo que nos sitúa ante la problemática del grado de definición o concreción de la prestación debida a tenor de la norma, contrato, convenio o acto administrativo. Véase **Gómez Puente**, p. 116-120, p. 201-203 y p. 775-777. Con relación a la posibilidad de invocar la aplicación del artículo 29 de la LJCA para solicitar la prestación de servicios públicos en general, **Tornos Más** y **Galán Galán**, en una investigación sobre el reconocimiento del derecho a la prestación de los servicios sociales como un derecho subjetivo, consideran que a partir del simple contenido de la norma que crea el servicio no es posible acudir a la vía del artículo 29 para exigir una prestación, ya que no existe la obligación de prestación concreta a persona determinada, situación que cambiaría una vez la Administración reconozca el derecho a una prestación concreta a favor de persona determinada, y dicha prestación no se lleve a efecto. En este caso sí podrá acudirse a la acción del artículo 29, aunque tendrá que acreditarse la existencia de un acto que reconoce el derecho subjetivo a una prestación determinada (también podrá en este caso acudir al artículo 29.2 una vez se estime concurra la firmeza del acto que reconoce el derecho) La norma que crea un servicio público impone a la Administración un deber prestacional,

régimen local parece haber más luces para atacar la inactividad prestacional, sobre la base de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985), como lo evidencia la jurisprudencia sobre la materia, documentada en un interesante artículo de **Quintana López** titulado “el derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios municipales en la jurisprudencia”, donde comenta la evolución que han tenido las decisiones jurisprudenciales sobre la materia, incluyendo la posibilidad de impugnar el presupuesto municipal que no incluya las partidas para hacer frente a la prestación de servicios municipales establecidos. El autor del artículo igualmente destaca la importancia del reconocimiento del recurso contra la inactividad administrativa incluido en la Ley LJCA de 1998, y sus avances en materia de reconocimiento de medidas frente la inactividad prestacional, así como sus limitaciones, por ejemplo para la exigencia de prestación de servicios

pero razonablemente deja a la misma Administración un margen de decisión para concretar el alcance de la prestación y la determinación de los sujetos beneficiarios. Este margen de apreciación no reductibe a una única solución justa a través de los mecanismos de control de la discrecionalidad, supone reconocer a la Administración la facultad de diseñar políticas asistenciales en función de los recursos disponibles y de las varias medidas aplicables para dar satisfacción a las necesidades de los usuarios del servicio. Por ejemplo, en el caso de un anciano sin recursos propios ¿debe dársele plaza en una residencia, establecer un sistema de asistencia domiciliaria, puede exigirse a la familia determinada prestación económica? La norma impone el deber de asistencia al anciano, pero no concreta qué prestación. Para sustentar su posición cita dos sentencias, que si bien fueron dictadas en base a la ley jurisdiccional de 1956, su razonamiento es aplicable al articulado del artículo 29 de la LJCA de 1998. En la Sentencia de primera instancia se estimó el recurso interpuesto por una señora de 85 años frente a la denegación expresa de la petición de ser ingresada en una residencia geriátrica. La denegación se fundamentó en la apreciación de las circunstancias personales de la solicitante de la prestación. La sentencia del Juzgado N°1 de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, de 5 de febrero de 2000 estimó el recurso al entender que “no se tuvieron en cuenta todos los elementos concurrentes, y en el fallo dispuso la anulación del acto por no conforme a derecho ordenando a la Administración la sustitución del mismo por otro que, valorando conveniente los aspectos de toda índole concurrentes con la actora, facilite su ingreso en un centro residencial adecuado a sus necesidades y circunstancias”. Se condenó a la Administración a una prestación concreta: el ingreso en una residencia geriátrica. La sentencia fue recurrida a través de un recurso de casación en interés de la Ley, y fue casada por considerar como doctrina correcta “que la interpretación de la norma aplicable “consistente en la valoración de las circunstancias personales de los solicitantes de los servicios de atención a las personas mayores, comporta la elaboración de un perfil individualizado del estado de necesidad que determina el servicio adecuado en cada caso...” De modo que la solución estaría en el reconocimiento como verdaderos derechos subjetivos de determinadas prestaciones en materia de servicios sociales, como ha ocurrido con algunas leyes autonómicas (Ley 1/2003 de 24 de febrero del Principado de Asturias de servicios sociales) Véase **Tornos Más**, Joaquín y **Galán Galán**, Alfredo. La Configuración de los Servicios Sociales como Servicio Público. Derecho Subjetivo de los Ciudadanos a la Prestación del Servicio. Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1051/2005, de 12 de abril (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social – FIPROS), España, enero de 2007. Versión digital en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51598.pdf>

locales aún no establecidos, pero de prestación obligatoria por parte del municipio (exigencia judicial de establecimiento ex novo)⁷¹

3) Los hechos administrativos o vías de hecho

Se trata de las actuaciones materiales de la Administración, las cuales en ocasiones pueden ser ejecuciones materiales de actos administrativos formalizados o actuaciones materiales de la Administración que carecen de cauce procedimental previo. En España, a partir de la LJCA de 1998, estas actuaciones materiales que carecen de procedimiento previo y por ende, de acto administrativo en firme habilitante, pueden ser recurridas en la vía contencioso administrativa.

En la legislación panameña, no están contempladas dentro de las situaciones recurribles a través de una acción de plena jurisdicción o de un recurso de nulidad, pero existe un cauce procedimental para que el Estado responda por los daños antijurídicos causados. Cabría demandar la responsabilidad directa de la Administración, mediante una acción de reparación directa y solicitar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios causados por misma.

⁷¹ El autor hace una cronología de importantes pronunciamientos de los tribunales en relación con la operatividad del derecho de los vecinos a las prestaciones de los servicios públicos municipales obligatorios de competencia municipal ya establecidos (artículo 18.1 de la LRBRL), bajo el entendimiento de que no siempre la línea divisoria entre el servicio ya existente y el de prestación obligatoria, aún no establecido, es demasiado nítida. En aplicación de la LRBRL hay una gran cantidad de decisiones favorables a los ciudadanos por ejemplo (STS de 9 de mayo de 1986 – RJ 1986, 4396) que reconoció que goza de suficiente cobertura legal la solicitud realizada por una coordinadora de minusválidos, dirigida al ayuntamiento, para que suprima una serie de barreras arquitectónicas existentes en el municipio, y otras relacionadas con la solicitud de abastecimiento de agua potable reconocidas como un derecho subjetivo de los solicitantes (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1996 (RJ 1996. 8692 y sentencia del TSJ de la Rioja de 26 de diciembre de 1996. Con relación a pronunciamientos sobre la base del artículo 29 de la LJCA de 1998 es destacable la STJ de Andalucía, sede de Málaga, de 16 de junio de 2003, resolutoria de un pleito promovido con objeto de que se ordenara al ayuntamiento que cumpla y haga cumplir la normativa legal vigente sobre control de ruidos. El STJ accedió a la pretensión solicitada imponiendo a la Administración municipal el plazo de un mes para que adopte una serie de medidas dirigidas a garantizar la aplicación de las disposiciones legales de control de ruidos, lo que constituye, según expresó el propio Tribunal, una condena a la Administración a que actúe positivamente frente a la inactividad administrativa precedente. Véase **Quintana López, Tomás**. El Derecho de los Vecinos a la Prestación y Establecimiento de los Servicios Públicos Municipales en la Jurisprudencia. Repertorio Jurídico Aranzadi, 2007, p. 77-86.

4) La discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad administrativa es definida por **Sesín** como “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”. En cuanto a su control judicial, señala este autor, que es posible la verificación de si efectivamente ha sido correctamente ejercida, ya que no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas), sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. En consecuencia el control de los jueces termina al comprobar que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico, por lo que en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad, recomienda que se hable de técnicas de control de su ejercicio.⁷²

El control judicial de la discrecionalidad administrativa, siempre ha sido una preocupación del derecho administrativo, como se evidencia en la obra de **Bacigalupo**, quien plantea tres distintos niveles en este debate: el teórico-normativo, el jurídico-metodológico y el dogmático-constitucional.⁷³

Sin embargo, en el fondo, el debate principal guarda una estrecha relación con la evolución hacia el pleno control judicial de la discrecionalidad, y en España, la discusión y avances en esta materia, que es de vieja data, es un caso de estudio para la legislación y doctrina panameña, que no ha desarrollado a nivel legal ni jurisprudencial una solución para controlar la excesiva discrecionalidad que se observa en diferentes espacios de la función administrativa (por ejemplo en los usos

⁷² **Sesín**, Domingo. El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. Revista Documentación Administrativa, núms. 269-270, 2004, Madrid, p. 89-90

⁷³ “El primero de ellos atañe al propio concepto de discrecionalidad, esto es, a la cuestión referente a su localización dentro de la estructura lógico-formal de la norma jurídico-administrativa. El segundo se refiere – descartada la discusión, zanjada constitucionalmente en sentido afirmativo, sobre la plenitud o no del control jurídico de la actuación administrativa (arts. 24.1 y 106.1 CE), a la ulterior cuestión relativa al alcance y a los límites intrínsecos u ontológicos de dicho control plenario. Y en el tercer nivel del debate se sitúa, en fin, el problema de los límites dentro de los cuales la Constitución permite al legislador atribuir a la Administración potestades discrecionales”. **Bacigalupo**, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 46-47.

de la “partida discrecional” de la presidencia de la República) Con relación a este control pleno, la jurisprudencia española se ha inclinado hacia esta mencionada plenitud. Así lo documenta **Fernández-Espinar** al analizar la evolución jurisprudencial de este tema en el Tribunal Supremo español partiendo de la premisa de que la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica, sobre la cual ha habido mucho debate por los límites que tienen los jueces para cuestionarla, ha experimentado una continua evolución desde la aprobación de la Constitución de 1978, con una clara tendencia que se ha caracterizado por un permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto en el artículo 106.1, que contempla el control “frente a toda actuación administrativa” a pesar de los constantes obstáculos por parte de la Administración so pretexto de evitar lo que se ha denominado en España como “la injerencia judicial” en sus decisiones.⁷⁴

Se trata de que la discrecionalidad como manifestación de la Administración cuente con límites bien definidos y con un procedimiento claro de impugnación, con pretensiones acordes a la reparación de la posible vulneración de derechos subjetivos o intereses legítimos.

⁷⁴**Fernández-Espinar**, Luis Carlos. El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. La Necesaria Revisión de la Construcción Dogmática del Mito de la Discreción y su Control. Revista Jurídica de Castilla y León, N°26, enero de 2012, p. 238-249. Este autor expresa que un paso más en la evolución jurisprudencial sobre la discrecionalidad “lo constituye la determinación de cuál debe ser el *contenido de la motivación* para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Al respecto, se estableció que ese contenido debe cumplir al menos estas exigencias:

a) señalar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
b) establecer los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico;
y c) justificar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás. Son exponentes de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (sentencia de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006, tol 1245301), concursos de personal docente universitario (sentencia de 6 de marzo de 2007, recurso 2632/2002, tol 1060359, sentencia de 27 de mayo de 2009, recurso 2274/2005, tol 1560075 y sentencia de 14 de septiembre de 2009, recurso 597/2006, tol 1634635), procesos selectivos para ingreso en el cuerpo de oficiales de la administración de justicia, turno libre (sentencia de 18 de abril de 2007, recurso 1057/2001, tol 1076325), procesos selectivos para acceso al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria (sentencia de 1 de abril de 2009, recurso 6755/2004, tol 1530473) y procesos selectivos para ingreso en la carrera judicial entre juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio profesional, el denominado cuarto turno (sentencia de 14 de abril de 2009, recurso 242/2007, tol 1525145).

5) La actividad reglamentaria

Garrido Falla, define al Reglamento, como toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración Pública y con valor subordinado a la Ley. Son fuentes de derecho para la Administración, pero proceden de ella misma, lo cual determina que ofrezcan una doble vertiente: por su procedencia son actos administrativos, sometidos al principio de legalidad y susceptibles en su caso, de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso administrativa y por su contenido son normas de derecho objetivo que se integran en el ordenamiento jurídico que se impone a la propia administración⁷⁵.

Este autor no ve ningún inconveniente en que el concepto de acto administrativo abarque, tanto el acto administrativo general como el concreto⁷⁶. Frente a esta postura, **García de Enterría y Fernández**, se manifiestan contrarios. Sostienen que no sería correcto explicar el Reglamento como un simple acto administrativo general y aplicarle toda la teoría de los actos. Manifiestan estos autores que hay diferencias que califican de obvias:

- El Reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que el acto es algo “ordenado” producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto como simple aplicación del mismo. El Reglamento innova el ordenamiento, el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado.
- La individualización de la norma que cumple el acto se traduce en que éste suele presentarse con un destinatario concreto (sanción, otorgamiento de licencia, nombramiento), mientras que los reglamentos siguiendo su naturaleza de norma, tiene un lenguaje impersonal y abstracto. Sobre esta diferenciación no hay claridad. En la práctica se observan actos administrativos que no están dirigidos a un destinatario concreto, sino a un conjunto indeterminado de

⁷⁵ Op. Cit. p. 270-271

⁷⁶ Lo contrario no es sino un prejuicio que resulta del intento de encontrar una definición material de la función administrativa. Repetidamente hemos indicado que desde el punto de vista jurídico esto no interesa. Lo importante es encontrar el conjunto de actos sometidos al régimen jurídico administrativo, y ciertamente que en este sentido hay que admitir que tanto actos administrativos son los generales, como los concretos, pues unos y otros están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico administrativo: sumisión a la Ley y a las normas jerárquicamente superiores, y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión. Pero también es cierto que esta noción demasiado amplia exige precisiones: los actos administrativos normativos tienen su sede propia de estudio como fuente de derecho. Op. Cit. p. 547.

sujetos o a una colectividad. De igual modo en legislaciones en donde no esté expresamente prohibida la inderogabilidad singular⁷⁷ de los reglamentos podrán encontrarse reglamentos dirigidos a una situación concreta. Sostienen **García de Enterría y T.R. Fernández**, que el elemento diferenciador en estos casos, seguirá siendo la falta de integración de los actos en el ordenamiento jurídico, el cual sigue será el mismo antes y después de que esos actos se produzcan.

- El acto administrativo, sea singular o general, se agota en su simple cumplimiento, se consume con este; para un nuevo cumplimiento, habrá que dictarse eventualmente un nuevo acto (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o de información pública, una nueva orden general) En cambio la norma, no se consume con su cumplimiento singular, al contrario, se consolida, se mantiene y es objeto de una cantidad indefinida de cumplimientos.

Para que esta distinción, no sea puramente teórica, habría que determinar sus efectos prácticos. Para **García de Enterría y Fernández**, defensores de la separación de los conceptos, esta tiene una trascendencia práctica enorme⁷⁸. Para

⁷⁷ El artículo 52.2 de la Ley de Procedimiento Común española, Ley 30/92, ha dado formulación positiva a una vieja regla ya admitida por la jurisprudencia: "las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas". Según esto, la autoridad que ha dictado un reglamento, y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del Reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa. Esta prohibición alcanza no solo a la autoridad autora de la norma, sino a cualquier otra, incluso de superior jerarquía. El Consejo de Ministros (equivalente en Panamá al Consejo de Gabinete), por ejemplo, no puede dispensar válidamente a una persona mediante un Decreto del puntual cumplimiento de un requisito o de una obligación impuesta a la misma por una simple Orden Ministerial (Resuelto Ministerial en Panamá), aunque aquellas tengan igual o superior rango que éstas. Véase **García de Enterría** Op. Cit. p. 208-211.

⁷⁸ Op. Cit. p. 190. Entre los efectos prácticos de la diferencia entre ambos, destacan los siguientes:

1. la potestad reglamentaria no corresponde más que a aquellos órganos a los cuales específicamente se la atribuye el ordenamiento, mientras que el poder de dictar Actos Administrativos es una cualidad general de todo órgano de la Administración, es su modo normal de expresarse.
2. El Reglamento es revocable a voluntad, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al Acto Administrativo le afectan límites de revocación que impone la Ley en garantía de los derechos a que el acto ha podido dar a lugar.
3. La ilegalidad de un Reglamento implica siempre su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto como regla general sólo implica su anulabilidad (en el primer caso, se protege la constitución del ordenamiento, en el segundo caso la seguridad de relaciones más concretas)
4. Reglamento y acto tienen cauces procesales diferentes de impugnación contencioso-administrativa.
5. La contradicción de un acto con un reglamento será siempre determinante de su ilegalidad, mientras que la contradicción con otro acto anterior puede no serlo.

efecto de nuestra investigación esta discusión es importante por la dificultad que a veces presenta identificar la delgada línea existente entre algunos reglamentos y los actos administrativos de efectos generales donde hay un número de afectados o beneficiarios identificables, con derechos subjetivos o intereses legítimos que pueden ser afectados, o la posibilidad de que se emitan actos administrativos individuales que pueden infringir la legalidad afectando a la colectividad, y que frente a un sistema de recursos rígido que diferencia entre plena jurisdicción y nulidad, y un limitado esquema de pretensiones (como ocurre en Panamá y lo analizaremos a profundidad en el tercer capítulo) genera problemas que no siempre resuelve la invocación del principio de la tutela judicial efectiva, por lo que se requiere revisar el esquema de acceso al contencioso basado en la diferencia entre reglamentos, actos, hechos, y omisiones administrativas.

6) Los registros electrónicos y las publicaciones oficiales o cuasioficiales en medios electrónicos.

Hay autores que hablan de la existencia de actos administrativos electrónicos, entre ellos **Gustavo Penagos**, quien reconoce su existencia expresa a partir del reconocimiento de la categoría en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano⁷⁹, donde se desarrollan alguno de sus aspectos, mientras que otros autores prefieren hablar de actos administrativos emitidos a través de medios electrónicos, entre ellos **Laguado Giraldo**⁸⁰, por los

⁷⁹ El artículo 57 de dicho Código, no define qué es el acto administrativo electrónico, a pesar de hacer mención expresa del mismo. Simplemente señala que “las autoridades en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo a la ley”. **Penagos** a partir de este enunciado desarrolla los componentes del acto administrativo electrónico, sus efectos jurídicos señalando que “el acto administrativo electrónico que reúna los componentes propios de la decisión administrativa y las formalidades exigidas tanto por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo como por las leyes que se ocupan de la materia, producen los efectos jurídicos de la decisión previa”. Véase **Penagos**, Gustavo. Tomo I, op. cit. p. 273-279.

⁸⁰ En este sentido el autor propone que se hable de acto administrativo que reviste forma electrónica: “En nuestro concepto, el acto administrativo puede revestir la forma electrónica ya que lo que realmente ocurre es que se cambia el soporte del acto, que sigue revistiendo una forma escrita, pero no se altera su sustantividad. El concepto importante, en este caso es el de documento. El acto administrativo tradicional se soportaba en un documento papel, de forma escrita. Lo que propongo ahora es aceptar que se siga soportando el acto administrativo en un documento, también de forma escrita, pero esta vez, en un documento electrónico. Se reitera, lo que cambia es sólo el soporte y no la sustantividad” **Laguado Giraldo**, Roberto. Actos administrativos por medios electrónicos, Revista Vniversitas, número 105, junio 2003, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, p. 89-128. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/89-128.pdf

problemas que puedan derivar del uso del concepto de acto administrativo electrónico, frente a los conceptos clásicos de acto administrativo. Entre los españoles, **Bauzá Martorell**, prefiere hablar de “actuaciones administrativas electrónicas”⁸¹ que se pueden dar dentro de un procedimiento administrativo electrónico, lo que nos conecta con la existencia de registros electrónicos y/o publicaciones a través de medios electrónicos. Los primeros consisten en la información que consta en algunos medios electrónicos oficiales, que podrían tener una restricción a través de las leyes de protección de datos personales, mientras que por otro lado tenemos publicaciones que se suben en medios electrónicos oficiales, (portales WEB por ejemplo), o publicaciones cuasioficiales en medios electrónicos privados (como las realizadas por colegios profesionales con relación a sus agremiados) que pueden afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, y que no necesariamente pueden ser considerados como actos administrativos electrónicos.

Piénsese por ejemplo, en la publicación en una WEB oficial del listado de personas y empresas a las que se le ha iniciado un procedimiento sancionador, afectando su reputación e imagen, resultando luego que no procedía la sanción administrativa porque no se incurrió en la irregularidad u omisión que inició la investigación. ¿Qué cause procesal podría solicitar el afectado con la actuación? ¿Tendría que agotar la vía administrativa solicitando que la información se baje del portal electrónico, y en caso de silencio administrativo acudir al contencioso administrativo, sin la posibilidad de solicitar una medida cautelar de suspensión? (en Panamá no existe esta posibilidad) o ¿podría acudir directamente alegando que hay una actividad material de la Administración, una vía de hecho que afecta directamente sus derechos? La solución procesal, por lo menos dentro de la legislación panameña, no es nada clara. Todavía no hemos tenido esta discusión doctrinal, no obstante en la sentencia de la Sala Contencioso Administrativa de 20 de agosto de 2012, se empezó a debatir el tema de la naturaleza de las publicaciones electrónicas, al indicarse que la publicación de una resolución en un portal electrónico, que se notifica a través de su subida a dicho portal, debe probarse a través de los medios tradicionales (copia autenticada del acto impugnado la cual debe entregarse a la Sala Tercera como

⁸¹ **Bauzá Martorell**, Felio José. Procedimiento Administrativo Electrónico. Editorial Comares S.L., Granada España, 2002.

requisito de admisión de la demanda) por tratarse de un acto administrativo publicado a través de medios digitales,⁸² lo cual es muy discutible, ya que hay otras formas de probar la existencia de las publicaciones realizadas por medios electrónicos.

7) El derecho blando o “soft law”

Esta manifestación de la Administración, es de reciente categorización, y podría definirse como el conjunto de recomendaciones, advertencias y consejos que emite, muchas veces a través de sus entes reguladores, que no se pueden enmarcar dentro del derecho tradicional representado por normas cuya infracción conllevan una sanción, que en contraposición al derecho blando o “soft law”, ha sido catalogado como derecho duro o “hard law”.

Para **Blanquer**, el “soft law” ocupa un lugar intermedio entre esos contextos sociológicos o políticos y el derecho imperativo que está revestido de medios coercitivos (sanciones, la mayoría de las veces) que se utilizan para forzar el cumplimiento de las órdenes administrativas.

⁸² “...En el caso bajo examen, el apoderado judicial del actor no aportó copia autenticada de la Resolución No. 1103-RA de 15 de octubre de 2010. En su lugar, adujo que la misma se encuentra publicada en el portal de Internet de “PanamaCompra”. No obstante, hay que observar que esta Sala de forma sistemática, ha sostenido con fundamento en el artículo 46 de Ley 135 de 1946, que en los casos en que el demandante no pueda obtener y aportar copia autenticada del acto impugnado, por razones no imputables al demandante, debe solicitar al Magistrado Sustanciador que requiera dicha copia al funcionario demandado antes de decidir lo relativo a la admisión de la demanda. Por otro lado, es importante mencionar que si bien el artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, establece como medio para la notificación de las resoluciones que emitan las entidades contratantes, el sistema electrónico “PanamaCompra”, esto no obsta que la parte actora pueda presentar con la demanda, la copia autenticada del acto impugnado, ya que el artículo 18 numeral 4 de la Ley de Contrataciones Públicas, claramente señala que: “Las autoridades expedirán, a costa de los participantes en el acto público o cualquier persona interesada, copias de los documentos que reposan en los expedientes de los respectivos procedimientos de selección de contratista, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes y los privilegios”. En otras palabras, no debe confundirse entre las vías de notificación que establece la Ley de Contrataciones Públicas y el requisito, elemental, que la doctrina tradicional de esta Sala ha exigido para el conocimiento de las demandas contencioso administrativas. En consecuencia, el resto de la Sala 3ª de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el Auto de 28 de diciembre de 2011, que NO ADMITE la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la Firma Rivera, Bolívar & Castañedas, en representación de Luis Varcacia, S.A., para que se declare nula, por ilegal la Resolución No. 1103-RA de 15 de octubre de 2010, emitida por el Ministerio de Gobierno, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones”.

En cuanto a sus efectos jurídicos, tienen un cierto grado de eficacia vinculante, pues si la inobservancia de las recomendaciones no produjera ninguna consecuencia jurídica, estaríamos en el terreno de la sociología o de la política, y fuera del mundo del Derecho, de modo que el “soft law” si bien carece de fuerza jurídica coercitiva, no se trata de reglas del juego de trato social situadas extramuros del ordenamiento jurídico. De manera que estas recomendaciones de la Administración no son simples declaraciones retóricas, pues generan muy diversos efectos en el mundo del derecho.⁸³

Estas recomendaciones, advertencias o consejos, pueden afectar, no solamente políticas públicas e influir luego en nuevas o futuras reglamentaciones, sino derechos subjetivos o intereses legítimos.

Por ejemplo en Panamá la Superintendencia de Bancos, y la Superintendencia del Mercado de Valores emiten comunicados que contienen recomendaciones para los respectivos sectores regulados, e incluso advertencias relacionadas con alguna conducta, que puede estar relacionada con uno de los regulados en particular sin mencionarlo expresamente o incluso haciendo mención expresa de la conducta del regulado, sin que se haya iniciado un procedimiento previo. Estas manifestaciones de la Administración que no se enmarcan dentro del objeto tradicional del contencioso administrativo pueden requerir eventualmente de tutela por lo que necesitan un cauce procesal que permita discutir su legalidad o no.⁸⁴

⁸³ Véase **Blanquer**, David. Derecho Administrativo, Volumen 2º (los sujetos, la actividad y los principios) Editorial, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2010, p. 510-512.

⁸⁴ Por ejemplo, en el mes de mayo de 2014 la Superintendencia de Bancos de Panamá publicó en su página WEB un comunicado que contiene una advertencia dirigida al público en general sobre la actuación de una serie de empresas que estaban realizando actividades al margen de la ley bancaria. El aviso que fue replicado por los medios de comunicación, señala lo siguiente: “La Superintendencia de Bancos considera necesario comunicar que se está promoviendo un esquema financiero ofrecido por **EMGOLDEX, EMGOLDEX PANAMÁ** y **GOLD & SILVER PHYSICAL METALS KG**, a través de las páginas de internet <http://emgoldex.com.pa/> y <http://www.oportunidad-negocio.com/oro/397/0/emgoldex-mas-a-fondo---informacion-mas-detallada/>. En este sentido, esta Superintendencia de Bancos advierte que **EMGOLDEX, EMGOLDEX PANAMÁ** y **GOLD & SILVER PHYSICAL METALS KG** no son entidades reguladas ni supervisadas por esta Superintendencia, toda vez que las mismas no cuentan, ni han contado en el pasado, con Licencia para ejercer el Negocio de Banca en o desde la República de Panamá, de conformidad con la Ley Bancaria. Tampoco cuentan ni han contado en el pasado, con Licencia Fiduciaria. En virtud de lo anterior, **EMGOLDEX, EMGOLDEX PANAMÁ** y **GOLD & SILVER PHYSICAL METALS KG** no están autorizados por esta Superintendencia para captar en o desde la República de Panamá, directa o indirectamente, recursos del público por medio de la aceptación de dinero en depósito ni bajo ninguna otra modalidad. En ese sentido, la Superintendencia de Bancos de Panamá considera prudente

8) Los otros actos administrativos

González Botija, en el año 2005 publicó en el número 167 de la Revista de Administración Pública española, un artículo titulado “Los otros actos administrativos y su acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, el cual en gran medida sirvió como idea central de esta investigación doctoral, fundamentalmente porque el planteamiento sirve para poner en tela de duda la tendencia que se sigue en muchos países de Latinoamérica, incluyendo a Panamá, de conceptualizar el acto administrativo desde el punto de vista procesal, es decir, como el conjunto de actuaciones que constituyen declaraciones de voluntad que crean, modifican o extinguen una situación o relación jurídica, y son definitivas, es decir que tienen contenido decisorio, y que por lo tanto son las únicas susceptibles de ser tuteladas por el contencioso administrativo. Las demás construcciones relacionadas con la inactividad de la administración y el silencio administrativo, igualmente de uno u otro modo giran en torno al acto administrativo.

Cabe resaltar, que el citado autor parte de que existen otros actos administrativos, sin embargo en este apartado no nos vamos a adentrar en el tema del acceso, sino que vamos a estudiar las situaciones jurídicas que plantea el autor y que a pesar de las limitaciones normativas y jurisprudenciales deberían ser tomadas en cuenta, desde la óptica de la existencia de la relación jurídica y de la violación de derechos subjetivos e intereses legítimos, así como de la existencia de perjuicios para los administrados con decisiones o manifestaciones de voluntad que pareciesen no tener contenido decisorio, ni son definitivas, y que formalmente no parecen crear, modificar o extinguir ninguna relación jurídica.

González Botija parte, desde el punto de vista de la legislación y jurisprudencia española, pero fácilmente trasladable a la realidad jurídica latinoamericana, incluyendo la panameña, de la existencia de dos grandes perspectivas o concepciones del acto administrativo: una estricta, que supone considerarlo como

advertir al público en general la necesidad de abstenerse de establecer relaciones mercantiles con personas y/o compañías que no cuenten con licencia bancaria, u otra autorización, que les faculte para captar directa o indirectamente recursos del público por medio de la aceptación de dinero en depósitos o cualesquiera otras modalidades. Dado en la ciudad de Panamá, a los quince (15) días del mes de mayo de dos mil”.

una declaración o manifestación de voluntad dirigida a crear, modificar o extinguir un derecho o un deber con efectos frente a terceros, y una amplia, que extendería dicho concepto a otro tipo de declaraciones distintas de las de voluntad, como las de conocimiento, juicio, opinión y deseo. Este autor destaca que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, se ha decantado históricamente por solamente admitir demandas en contra de actos administrativos en su sentido estricto: los decisorios, los que crean, modifican o extinguen una relación jurídica, inadmitiendo por ende demandas contra manifestaciones de juicio, opinión o de conocimiento, no obstante dentro de este grupo de manifestaciones, hay una parte que no puede ser simplemente calificada como un acto de mero trámite, ya sea por estar desvinculada de un procedimiento, y tener cierto grado de autonomía, o porque la Administración de manera deliberada y de “motu proprio”, es decir sin que medio solicitud o previa consulta del ciudadano, se pone en contacto con los administrados para manifestarle su opinión o criterio. En otras ocasiones se limita a transmitir una mera información u opinión, previa consulta o no, y en otras, que tal vez son las que generan mayor discusión, bajo el ropaje de mera información se puede esconder una declaración de voluntad o la anticipación o advertencia de que eventualmente se va a producir una resolución administrativa, que podría afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, como podría ocurrir con las amenazas y advertencias de denuncias o sanciones por irregularidades.

Muchos particulares en España, que se han considerado afectados, destaca este autor, y lo sustenta con basta jurisprudencia que data desde la década de los años treinta del siglo pasado, estiman que estas opiniones informativas o meras comunicaciones o advertencias, deberían ser anuladas en sede jurisdiccional, por lo que debería abrirse el espacio definitivo para que este tipo de actuaciones sean consideradas como verdaderos actos administrativos susceptibles de tutela. En el capítulo segundo analizaremos las propuestas del autor para que se pueda dar esta tutela a los “otros actos administrativos” manteniendo el esquema de un contencioso que atiende pretensiones sobre los actos y actuaciones administrativas, es decir sin que la jurisprudencia se vuelque hacia el reconocimiento del concepto amplio de acto administrativo y las dificultades procesales que conllevaría el aceptar que todas las declaraciones de voluntad, de opinión, de juicio o de conocimiento podrían tener contenido decisorio en alguno de sus aspectos.

f. Hacia la constitucionalización del acceso al contencioso administrativo

Ya en 1998, **Fernández Torres** le había dedicado una sección de su obra “Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva”, publicada durante la discusión de la LJCA de 1998, al tema de la necesaria constitucionalización del acceso al contencioso y del abandono total del anacrónico carácter revisor de actos previos de la Administración, señalando que no había otra opción hacia el futuro que “la apertura del contencioso administrativo a otras vías procesales diversas de la impugnatoria de decisiones previas de la Administración, como una condición indispensable para una justicia plenaria”.⁸⁵ **Luciano Parejo** retoma el tema recientemente cuando habla de las manifestaciones positivas y negativas de la constitucionalización del derecho administrativo⁸⁶ y la necesidad de superar lo que ha denominado como hipertrofias de los mecanismos de garantías en sede administrativa, que incluso han degenerado en ocasiones en una aporía (caso del silencio administrativo), a través de reformas legales que garanticen realmente los postulados de la Constitución. Incluso habla de la “Re-Constitucionalización del

⁸⁵ Señala el autor en este apartado de su publicación, que esta solicitud de apertura “no se ha de interpretar de modo alguno como la refutación de la clásica alternativa impugnatoria ya que es claro que esta construcción técnica ha de permanecer en el sistema contencioso administrativo español en tanto en cuanto la mayor parte de los pleitos que se suscitan en los tribunales contencioso administrativos buscan una medida estrictamente anulatoria, de lo cual es un ejemplo la impugnación de las sanciones administrativas, pero destaca el autor, que también resulta evidente que el proceso impugnatorio no sirve para los casos extremos, debido a que no es adecuado para procurar el restablecimiento de la situación jurídica del justiciable, y aún menos en aquellos supuestos en los que el litigio que enfrenta al ciudadano con la Administración no se origina en un acto administrativo formal. Termina indicando, que al actor muchas veces, no le importa tanto determinar si la administración ha respetado perfectamente el ordenamiento jurídico, esto es, si su actuación denegatoria se ha hecho acreedora a una anulación, sino que sea declarado su derecho, por lo que la anulación pasa a segundo plano. Véase **Fernández Torres**, Juan Ramón. Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, p. 349-350.

⁸⁶ Donde destaca entre las positivas, “el perfeccionamiento del control judicial tanto en la vertiente organizativa (creación de los Juzgados de lo contencioso administrativo a escala provincial y nacional) y procedimental (introducción junto al ordinario, del procedimiento abreviado por ejemplo), como en la sustantiva (conversión del contencioso-administrativo en el orden jurisdiccional de control de ejercicio de todo poder público cuya actuación deba sujetarse al Derecho Administrativo; ampliación del recurso de este carácter a la entera actuación administrativa; compleción del ámbito de control; y mejora de la tutela cautelar y definitiva, así como adecuación de la ejecución de las resoluciones judiciales al orden constitucional); perfeccionamiento, que luce en la vigente Ley reguladora de dicho orden jurisdiccional de 1998 y que ha sido acompañado por el de la jurisprudencia contencioso contencioso-administrativa. Lo que ha repercutido en la potenciación de la posición y función del juez contencioso-administrativo, si bien lastrada por una inadecuada ordenación de la jurisprudencia que es forzoso rectificar”. Véase **Parejo**, Luciano. Transformaciones y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España, dentro de la obra colectiva: Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo. Javier Barnes (Editor). Publicación de Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla España, y el Instituto Nacional de Administración Pública, (INAP), 2012, p. 467-470.

Derecho Administrativo” a partir en primer lugar, de la superación de la idea general de que el orden constitucional ha consagrado los pilares y postulados fundamentales de aquel y funciona como una norma que contempla el entero ordenamiento jurídico y por ende no suscita la necesidad de replanteamiento sistemático del Derecho Administrativo, y que de ella pueden extraerse, en su caso consecuencias directas para el control jurídico de la actuación de la Administración, y en segundo lugar, de la consecución de una verdadera sinergia entre el Derecho Constitucional y la filosofía del Derecho, para formar un efectivo Derecho Público del Estado.⁸⁷

Lo anterior, en función de que el orden constitucional no es sólo la Constitución, sino en el caso europeo, el Derecho Comunitario, y todo el bloque de constitucionalidad, lo que debe permitir la renovación de las bases constitucionales del derecho administrativo para ir hacia un derecho común del Estado. En Panamá, habría que justificar en la doctrina del bloque de constitucionalidad adoptada por el Pleno de la Corte Suprema de justicia, la reforma hacia un contencioso más amplio, mientras se da la reforma integral de la Constitución, a través de un proceso constituyente.

Otro autor que retoma este tema, pero desde una perspectiva distinta, es **Javier Barnes** quien invita a revisar el sistema tradicional de fuentes del Derecho Administrativo a la luz de la Constitución, debido a que está asentado sobre una serie de premisas que dejan por fuera por ejemplo, a las normas no vinculantes (mecanismos de derecho blando), las acciones de sujetos privados que pueden afectar derechos particulares (como cuando asociaciones profesionales emiten directrices) y otras formas de regulación alternativa (mercado, consenso, regulación por información, etc.)⁸⁸, lo que a su vez debe incidir en una transformación del

⁸⁷ Ibídem, p. 500-501.

⁸⁸ Véase **Barnes**, Javier. Algunas Respuestas del Derecho Administrativo Contemporáneo ante las Nuevas formas de Regulación: Fuentes, Alianzas con el Derecho Privado, Procedimientos de Tercera Generación, dentro de la obra colectiva: Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo. Op. Cit., p.259-293. Para aclarar a qué se refiere con regulación alternativa, coloca el ejemplo de la Directiva Europea de servicios de 2006, que contiene toda una pluralidad de técnicas y estrategias reguladoras combinadas: 1. Regulación normativa tradicional (normas, uniformes, centralizadas, vinculantes, tales como prohibiciones, un mínimo de órdenes y mandatos, armonización selectiva, entre otras). 2. Regulación por información (información facilitada por los sujetos intervinientes, públicos y privados, que hace posible una mejor libertad de elección, condiciona o dirige determinados comportamientos), 3. Regulación a través de la competencia. 4. Regulación a través de la cooperación público-privada (mediante autorregulación como estrategia regulatoria, elaboración de códigos de conducta, sistemas de evaluación y certificación de en beneficio de la calidad de los servicios). 5. Regulación a través de colaboración inter-administrativa (que incluye la obligación de cooperar entre todas las

conjunto tradicional de potestades administrativas generadoras de actuaciones, omisiones o conductas que pueden ser merecedoras de tutela judicial en el caso de vulneración de derechos subjetivos o intereses legítimos, producto de las nuevas relaciones jurídico-administrativas que se puedan producir.⁸⁹

Este autor, tomando en cuenta de forma indirecta, la citada necesaria constitucionalización del derecho administrativo, y por ende del acceso al contencioso administrativo, desarrolla lo que ha denominado: “tres generaciones de procedimiento administrativo” donde destaca la distancia o desfase histórico entre los procedimientos de primera generación (legislación tradicional)⁹⁰, y los de segunda generación (muy incompleta y marcada por la misma idea de Administración jerárquica, imperativa y autosuficiente)⁹¹ y la realidad existente que obliga a buscar soluciones conjuntas en el entorno de la nueva gobernanza, empujando a los actores a concebir el procedimiento administrativo de otra manera, ya que como indica **Barnes**, “no se detiene ya, como antaño en la exclusiva idea de procedimiento como proceso decisorio, seguido e impulsado de oficio por una Administración de carácter imperativo para concluir en un acto, sino que asimismo comprende, además de otros procesos decisorios basados en la colaboración interadministrativa y público-privada, la obtención y el intercambio de información y,

Administraciones y se extiende a todas las medidas necesarias, entre ellas: control, supervisión y seguimiento; evitar duplicidades, identificación de requisitos equivalentes, determinación del derecho aplicable). 6. Estrategias basadas en un diseño estructural del procedimiento administrativo como medio de dirección: el legislador comunitario y nacional deciden cómo decide la Administración (procedimientos por vía electrónica, simplificación y modernización de los procedimientos, documentos, formatos, autorización como mecanismo excepcional y transformación del control ex ante a un control ex post).

⁸⁹ En este sentido, señala que se pueden identificar cuatro características con relación a las fuentes del Derecho Administrativo para el rediseño de las mismas: La Administración es destinataria y responsable; es ejecutante de políticas, pero también autoprogramable; es creadora y aplicadora, y por último; es regulada y reguladora. *Ibíd.*, p. 278-281.

⁹⁰ Caracterizado por: 1. Ser un instrumento o mecanismo para la correcta aplicación del Derecho en manos de una Administración imperativa, especialmente diseñado para el dictado de actos administrativos singulares, potencialmente de gravamen o restrictivos de derechos. 2. Cumplir una función adjetiva o subordinada respecto del Derecho material: lo relevante a la postre es que la decisión adoptada sea correcta en términos jurídicos. 3. Estructurarse conforme a una visión procesalista, que todo lo impregna. 4. Ser un proceso decisorio, puesto que sirve para dictar actos, aprobar normas, celebrar contratos, elaborar normas, redactar planes, confeccionar proyectos. *Ibíd.*, p. 347-348.

⁹¹ Tiene por misión la elaboración de toda clase de normas reglamentarias, programas, planes o proyectos, en un entorno también imperativo. *Ibíd.*, p. 343.

más ampliamente el código básico de las relaciones entre la Administración y el ciudadano”.⁹²

De este modo plantea, que si bien, el modelo utilizado por el procedimiento administrativo y el proceso judicial ha resultado eficaz cuando se trata de resolver algunos problemas relacionados con derechos e intereses de los ciudadanos, se han quedado corto o deviene escasamente representativo de la realidad administrativa contemporánea cuando se piensa que la Administración se limita a dictar resoluciones formales en aplicación del derecho, como hacen los jueces o tribunales, puesto que no sólo interpreta y aplica el Derecho, sino que crea y establece nuevas reglas y normas, hace muchas cosas más que decidir y tiene muchos más “modos” que el imperativo o jerárquico, propio del dictado de actos administrativos.

En el siguiente capítulo vamos a analizar tres diferentes modelos de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, con diversos grados de avance en la constitucionalización de dicho acceso, que le otorgan a su vez diferentes grados de protagonismo al acto administrativo ya no como objeto de la jurisdicción, sino como fundamento de pretensiones.

⁹² Ibídem, p. 344.

Capítulo II

El Acto Administrativo frente a diferentes modelos de acceso a la Justicia Contencioso Administrativa

El acto administrativo como destacamos en el capítulo I, constituyó la figura fundamental que permitió construir desde finales del siglo XVIII, el esquema básico de control de la Administración, luego de la Revolución Francesa. La reserva de algunos actos como “Actos Políticos o de Gobierno” para excluirllos totalmente del control jurisdiccional era incluso entendible dada la situación política luego de la Revolución, sin embargo ya han transcurrido más de 200 años luego de estos acontecimientos, y el modelo revisor de actos administrativos acompañado de un mecanismo de pretensiones impugnatorias – anulatorias, con la posibilidad de una solución indemnizatoria, resulta insuficiente para las exigencias de una justicia administrativa sintonizada con las garantías fundamentales de una justicia pronta, eficaz, que ampare los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los ciudadanos cuando el Estado falta a sus obligaciones o comete ilegalidades.

En la doctrina es fácil encontrar información sobre los sistemas de justicia administrativa, sin embargo, no hay mucho debate doctrinal sobre los sistemas de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, ni diferentes teorías que sirvan de base para ir profundizando y avanzando hacia mejores sistemas.

Respecto a los mencionados sistemas de justicia administrativa, lo que se puede observar en las diferentes obras sobre derecho administrativo que han abordado el tema es una alusión a los distintos sistema de organización del contencioso administrativo, sobre todo en Europa, lo cual es expuesto claramente en la obra de **Cosculluela Montaner**, cuando describe como se ha ido instrumentando el control de legalidad de la acción administrativa. De manera esquemática señala, que los diversos sistemas consagrados en los países europeos, se pueden reconducir a tres, los cuales tienen profundas raíces históricas: El modelo francés, los modelos mixtos, y el modelo judicial.⁹³

⁹³ **Cosculluela** respecto al “Modelo Francés”, señala que “sería el adoptado inicialmente por todos los países europeos a medida que implantaban el nuevo régimen administrativo francés. Se basa en

Respecto a sistemas o modelos de acceso al contencioso administrativo, estos se circunscriben más a modelos/país que han avanzado en cuanto a ampliar el objeto del contencioso administrativo, que a teorías consolidadas, aunque algunos autores hablen de esquemas subjetivos garantistas vs esquemas de exclusivo control de la legalidad.

Por ejemplo, señala **Ramón Parada** que los órdenes jurisdiccionales pueden responder a una finalidad garantista, que persigue fundamentalmente la protección de los derechos subjetivos como ocurre con la justicia civil o laboral, o pretender de forma directa el control de la legalidad, y el cumplimiento objetivo de la ley, como ocurre con la justicia penal, pero respecto a la justicia administrativa española, se pregunta si es garantista o controladora de la legalidad, a lo que responde que en este sentido ha ido mutando y persigue ambas finalidades. En la actualidad podría decirse que es una justicia subjetiva o garantista de derechos de una parte y al tiempo, una justicia de control de la legalidad, por lo que su ámbito competencial se

que el control de la acción administrativa sometida a Derecho Administrativo lo realiza el Consejo de Estado francés y los Tribunales administrativos y las Cortes (Cours) administrativas de apelación, a nivel periférico. El modelo francés ha tenido una trayectoria histórica brillante, en la que la acción del Consejo de Estado ha dado lugar a la creación de una gran parte de las instituciones del Derecho administrativo como un auténtico Derecho pretoriano. Respecto a los "Modelos Mixtos", sostiene que estos tienen dos variantes: el sistema italiano con doble jurisdicción para el control de la actividad de la Administración sometida al Derecho Administrativo, y el sistema denominado armónico, establecido en España por la Ley "Santamaría Paredes". El primero "atribuye el control en vía de recurso de la legalidad de la actividad administrativa a los Tribunales ordinarios o a órganos de la propia Administración, en función de cuál es el alcance que la acción a enjuiciar ha tenido para el recurrente: si la acción afecta a los derechos subjetivos del recurrente, el recurso debe interponerse ante los Tribunales ordinarios; si, por el contrario, sólo afecta a sus intereses legítimos, el recurso debe plantearse ante los Tribunales regionales administrativos o ante el Consejo de Estado, según corresponda", lo cual señala, supone una gran complejidad en el funcionamiento del sistema ya que implica otorgar una gran trascendencia la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, mientras que el sistema armónico, a diferencia del sistema italiano, admite "una vía única de control de la actividad de la Administración Pública sometida a Derecho administrativo, pero los órganos que ejercen dicho control tienen una composición mixta o armónica", lo cual fue una consecuencia, de la conciliación del sistema francés y sistemas más liberales, por lo que se ideó la "armonización de los dos sistemas, que dio como solución el establecer un solo órgano de control de composición mixta, integrado en parte por jueces y en parte por miembros de la Administración en una mezcla de jurisdicción delegada ejercida por tribunales provinciales y de jurisdicción retenida ejercida por el Consejo de Estado. El tercer modelo, el judicial, señala, "supone apartarse enteramente de la influencia del modelo francés, cuyas causas históricas tienen una significación muy localizada en dicho país, y adoptar el esquema lógico que se deriva de una correcta interpretación de la Teoría de la división de poderes, atribuyendo el control de la actividad administrativa a los Tribunales de Justicia". Este modelo, fue implantado nuevamente (originalmente en el año 1812) por la Ley de 27 de diciembre de 1956, reafirmado por el artículo 106 de la Constitución, y por la Ley de la Jurisdicción de 1998, al igual que ha sido adoptado por Alemania. Véase Cosculluela Montaner, Luis. Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Aranzadi S.A. decimoctava edición, Navarra, España, 2007, p. 521-524.

afirma en términos de generalidad sobre todos los conflictos que origina la actividad de las administraciones públicas,⁹⁴ muy de la mano con las tendencias de tutela judicial efectiva en el ámbito comunitario, en donde la jurisdicción comunitaria también conoce de los recursos que se plantean contra actuaciones, normativas y no normativas, activas u omisivas, de las instituciones y de los Estados en aplicación del derecho comunitario, como lo plantea **Galera Rodrigo**, en su obra “Sistema Europeo de Justicia Administrativa”, en donde expone distintos casos donde se ha permitido el acceso a los particulares a la jurisdicción comunitaria, directa o indirectamente, en el marco del sistema de recursos, lo que permite cuestionar las actuaciones jurídico públicas, los actos u omisiones de las actuaciones jurídico-públicas, no solamente basado en el derechos subjetivo esencial de la tutela judicial efectiva, sino también desde el punto de vista de la exigencia de sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, presupuesto configurador del Estado/Comunidad de Derecho, y que en la actualidad contempla un “recurso por omisión”, en su artículo 232, lo cual, como señala **Galera Rodrigo** citando a **Bacigalupo**⁹⁵, constituye la vía para verificar la adecuación al ordenamiento comunitario de la inactividad de las instituciones, inspirado en el contencioso-administrativo alemán, dirigido a obtener una condena judicial de hacer contra el órgano que emitió una actuación indebida, más que la mera declaración de ilegalidad de la inactividad, tal como fue expuesto por un pronunciamiento del Tribunal de Justicia Europeo de 1996.⁹⁶

⁹⁴ **Parada**, Ramón. Derecho Administrativo Tomo I, Parte General, editorial Marcial Pons, décimo octava edición, Madrid, 2010, p. 632-633.

⁹⁵ **Bacigalupo**, Mariano. La Justicia Comunitaria, Marcial Pons, Madrid, 1995, p.74, cit. por **Galera Rodrigo**, Susana. Sistema Europeo de Justicia Administrativa, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2005, p. 164.

⁹⁶ STJ de 26 de noviembre de 1996, As. C-68/95.T.Port. 59. “Si bien es cierto que el párrafo tercero del artículo 175 del Tratado otorga a las personas físicas y jurídicas la posibilidad de interponer un recurso por omisión por no haberles dirigido una Institución un acto distinto de una recomendación o de un dictamen, el Tribunal de Justicia ha afirmado que los artículos 173 y 175 del Tratado son la expresión de un único cause procesal (sentencia de 18 de noviembre de 1970, Chevalley/Comisión, 15/70, REc. P. 975, apartado 6). De ello se deduce que, al igual que el párrafo cuarto del artículo 173 permite a los particulares interponer un recurso de anulación contra un acto de una Institución del que no sean destinatarios, siempre que dicho acto lo afecte directa e individualmente, debe interpretarse que el párrafo tercero del artículo 175 les otorga igualmente la facultad de interponer un recurso por omisión contra una Institución que no hubiese adoptado un acto que lo afectase del mismo modo. En efecto, la posibilidad que tienen los particulares de hacer valer sus derechos no puede depender de la acción o la inacción de la institución de que se trate”.

Profundizando en las diferencias entre los sistemas de acceso al contencioso administrativo, **Bocanegra Sierra**, señala que la Ley Jurisdiccional española de 1998 ha pretendido tomar, en parte, algunos de los esquemas propios del derecho alemán, cuyo contencioso administrativo se asienta en un sistema de acciones, desprendido de una vinculación necesaria al acto administrativo, lo que representa un cambio importante y un giro hacia la liberación de los actos administrativos como requisito general previo de acceso al proceso contencioso, de modo que el sistema español de acceso la jurisdicción, sería una “estación intermedia” en la configuración de un contencioso que permita desprenderse del excesivo apego al acto administrativo previo⁹⁷, mientras se da una mayor apertura respecto al objeto y las pretensiones, como lo ha propuesto recientemente **Huergo**⁹⁸, aunque muchos autores, al analizar el modelo de acceso al contencioso en España, consideren que esta crítica ha sido superada con el esquema de acceso sobre la base de pretensiones que se deduzcan sobre la actividad administrativa, contenido en la LJ de 1998.

En el estudio comparado de los modelos de justicia administrativa publicado por **Rosado Pacheco**, se analizan los modelos francés, español y alemán. Allí se pueden observar las claras diferencias de los mismos en cuanto al acceso al contencioso administrativo cuando el autor describe los tipos de procesos que permiten las pretensiones cuya exigencia permite la Ley. En el Contencioso – Administrativo Francés, se observa que el recurso contencioso por exceso de poder y el de plena jurisdicción, gira de manera directa o indirecta, sobre actos y actuaciones administrativas, mientras que en Alemania, hay diferentes tipos de acciones, algunas de las cuales (prestacional y la declarativa, por ejemplo), no requieren de la impugnación de un acto, actuación, omisión o silencio administrativo para activar la vía jurisdiccional, sino exigir una prestación o declaración, y en último lugar España, que permiten impugnar actos administrativos expresos y presuntos,

⁹⁷ **Bocanegra Sierra**, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo. Editorial Civitas, Navarra, España, cuarta edición, 2012, p. 32-33.

⁹⁸ Véase **Huergo Lora**, Alejandro. Un Contencioso-Administrativo sin Recursos ni Actividad Impugnada en Revista de Administración Pública N°189, 2012, Madrid, España.

disposiciones de carácter general, inactividad administrativa y actuaciones materiales o vías de hecho.⁹⁹

De modo que en este capítulo, hemos querido destacar las reformas que se han llevado a cabo en España como “estación intermedia”, y en Colombia, así como en Costa Rica, donde se ha profundizado en el abandono del acto administrativo como la base del acceso al contencioso administrativo, ampliando su objeto y adoptando un conjunto abierto de pretensiones. Estaríamos entonces hablando de la existencia de cuatro modelos: el primero podría ser el modelo objetivo, revisor de los actos administrativos con la posibilidad de plantear fundamentalmente pretensiones impugnatorias - anulatorias, y la solución indemnizatoria que es el que sigue esencialmente en Panamá como veremos en el último capítulo de la tesis; el modelo subjetivo, con amplitud de pretensiones sobre los actos y actuaciones administrativas, que podríamos identificar como el modelo español (intermedio); El modelo abierto, desvinculado del acto administrativo, con amplitud de pretensiones sobre la función administrativa (Costa Rica); y un cuarto modelo que podría ser un híbrido entre los dos anteriores, que sería el introducido en la reforma al contencioso administrativo llevada a cabo en Colombia a través de la Ley 1437 de 2011.

Vamos a analizar estos modelos en este capítulo (salvo el panameño que desarrollamos en el tercer capítulo), en orden cronológico, como fueron desarrollándose, identificando en ellos el papel que juega el acto administrativo, y cuál ha sido la base constitucional, doctrinal y legal que sirvió de base para ampliar el acceso al contencioso administrativo y el abanico de pretensiones. Se trata de modelos que se han esforzado por darle valor a la relación jurídico-administrativa, el derecho subjetivo vulnerado, el interés legítimo protegido, con el objeto de delimitar el acceso al contencioso administrativo, colocando el acto administrativo dentro de la categoría que se merece, adoptándose un conjunto de pretensiones que le den coherencia y solidez a un sistema que en un gran número de países ha dejado de tenerla.

⁹⁹ Véase el interesante estudio de **Rosado Pacheco**, Santiago, titulado: Estudio Comparado de los Modelos Francés, Español y Alemán de Justicia Administrativa, publicado dentro de la obra: Modelos Europeos de Justicia Administrativa. Autores Varios (Santiago Rosado Pacheco – Coordinador), Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2007, p. 247-269.

Título I

I. El modelo español: del Contencioso objetivo, revisor de actos administrativos al contencioso subjetivo basado en la pretensión sobre las actuaciones administrativas

Como fue analizado en la primera parte de este capítulo, es difícil encontrar en la doctrina una categorización de los modelos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo que se ha hecho entonces, es identificar los modelos históricos y más representativos en atención a los países en donde se desarrollaron, no obstante, lo que nos importa para efecto de nuestro estudio, es el papel que juega y sigue jugando el acto administrativo en cada uno de estos esquemas y cuales han sido los modelos adoptados para superar el supuesto carácter revisor de actos, de la jurisdicción contencioso administrativa en diferentes países.

En el derecho español, como lo señalan la mayoría de los autores consultados, se dio un tránsito de un contencioso administrativo revisor de actos administrativos (antes de LJ de 1956) a un contencioso objetivo, adaptado parcialmente al artículo 24 y 106 de la C.E. basado de un esquema de pretensiones fundamentalmente impugnatorias-anulatorias sobre actos administrativos, para dar paso posteriormente, a través de la LJCA de 1998 a un contencioso administrativo subjetivo, basado en las pretensiones sobre actuaciones administrativas, donde las pretensiones anulatorias-impugnatorias-indemnizatorias contra actos administrativos son una más de las pretensiones que pueden ser elevadas ante el contencioso, junto con otras demás pretensiones contra la inactividad de la Administración, las vías de hecho, entre otras.

Esta evolución no está exenta de críticas, a pesar del reconocimiento de los aportes de la nueva legislación de 1998 y su adaptación final al artículo 24 y 106 de la Constitución.

A partir de aquí vamos a analizar estos aportes y las principales críticas que enfrenta el esquema de acceso al contencioso administrativo en España, contenido en la

LJCA de 1998, fundamentalmente desde el punto de vista del papel que juega el acto administrativo en el mismo.¹⁰⁰

A. El diseño constitucional de las garantías y el acceso a la justicia administrativa en España

El contencioso administrativo español, hasta la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 13 de julio de 1998 (LJCA de 1998), tuvo un esquema parecido al panameño: una ley de lo contencioso administrativo que sobrevivió a la aprobación de una nueva constitución política (1978) y se mantuvo luego vigente muchos años. La diferencia entre ambos esquemas radica en el la naturaleza de ambas constituciones, tanto en cuanto su origen, como en el contenido protector de derechos humanos contenido en la Constitución española, y que la ley que regula el contencioso en Panamá no ha sufrido modificaciones desde el año 1946.

García de Enterría y T.R. Fernández, en el tomo segundo de su Curso de Derecho Administrativo, destacan los méritos de la legislación contencioso administrativa aprobada en 1956, y las razones que permitieron su supervivencia a pesar del nuevo contenido de la Constitución de 1978, defensor del Estado social y democrático de derecho y de unos valores superiores que no necesariamente inspiraron la Ley jurisdiccional de 1956.

Estos autores, reconocen también la ardua labor que desarrolló la jurisprudencia para poder adaptar la legislación de 1956 a los nuevos postulados de la Constitución de 1978, fundamentalmente en la tarea de dejar atrás el carácter revisor de actos administrativos, o la idea de que el contencioso es un proceso al acto administrativo, concepción francesa que permeó por mucho tiempo el contencioso administrativo español, a pesar que de lo que la Ley de 1956 expresaba en su exposición de motivos confirmando los postulados de la Constitución de 1978 relacionados con un modelo de acceso al contencioso sobre la base ya no solamente de pretensiones

¹⁰⁰ En la obra de **Galera Rodrigo**, "Sistema Europeo de Justicia Administrativa", se puede observar la evolución del modelo español, y como se fue dando la progresiva ampliación del control judicial de la actividad administrativa (del interés directo lesionado, al interés legítimo), hasta llegar a la nueva configuración de la LJCA de 1998. Editorial Dikinson S.L. Madrid, 2005.

que se deduzcan de los actos administrativos, sino también de actuaciones que puedan afectar intereses y derechos legítimos protegidos por la Constitución y la Ley.

No obstante lo anterior, se sigue dando el debate sobre si realmente con la LJCA de 1998 y el nuevo modelo adoptado se superó totalmente el carácter revisor de los actos administrativos y el proceso al acto.

En la constitución española se pueden observar con claridad las normas que forman parte de esta arquitectura protectora de los derechos e intereses legítimos que conectan directa e indirectamente con el contencioso administrativo, y que parten del artículo 9, que reconoce que tanto los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y que esta norma superior está llamada a garantizar una serie de principios, entre ellos el de legalidad, de jerarquía normativa, irretroactividad de las sanciones, responsabilidad administrativa y lo que es fundamental dentro del contencioso administrativo: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos¹⁰¹, lo que ha servido de inspiración para la normativa de lo contencioso administrativo aprobada luego de la promulgación de la Constitución de 1978.

El artículo 10 por su parte, contiene un desarrollo de los derechos y deberes fundamentales que deben ser respetados dentro del Estado español, como fundamento del orden político y la paz social.¹⁰² En consonancia con esta importante

¹⁰¹ **“Artículo 9.**

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁰² **“Artículo 10.**

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

disposición constitucional, el artículo 24.1 desarrolla el derecho de toda persona a obtener una tutela judicial efectiva en ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y la prohibición de la indefensión, mientras que el artículo 24.2, contiene principios relacionados con el debido proceso legal, aplicables desde luego al proceso contencioso administrativo.¹⁰³ El artículo 103.1¹⁰⁴, contiene un postulado que sirve de orientación a la actuación de la administración pública, obligándola a servir con objetividad a los intereses generales, y toda una serie de principios relacionados con la “buena administración”, lo cual ha sido estudiado como un derecho del ciudadano por autores como **Rodríguez-Arana**.¹⁰⁵ Por su parte, el artículo 105 establece un mandato para la Ley, al señalar que la misma deberá regular la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos, el acceso a la información pública (archivos y registros administrativos), y el procedimiento administrativo “a través del cual deben producirse los actos administrativos” con garantía de audiencia (debido proceso) para los interesados.¹⁰⁶ El artículo 106 contiene normas sobre las facultades de los tribunales con relación al control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la “actuación administrativa”, y el derecho de los particulares a obtener una indemnización cuando sufran una lesión en sus bienes o derechos, mientras que en el artículo 117 se pueden observar normas que garantizan la independencia judicial

¹⁰³ “**Artículo 24.**

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

¹⁰⁴ “**Artículo 103**

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

¹⁰⁵ **Rodríguez Arana-Muñoz**, Jaime. El Derecho a una Buena Administración para los Ciudadanos. Publicación del Instituto Nacional de Administración Pública, editorial Netbiblo, Madrid, España, 2013. También puede verse un desarrollo del tema en la obra de este autor: El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas. Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2006.

¹⁰⁶ “**Artículo 105.** La ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y en el artículo 118, de manera complementaria, la obligación general de cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces, así como a prestar la colaboración debida, lo cual incluye al Estado cuando producto de una decisión judicial esté obligado, por ejemplo, a la restitución de un derecho vulnerado o a la indemnización por el daño causado.¹⁰⁷ En último lugar podría mencionarse el artículo 153, que señala expresamente a qué entes le corresponde el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas.¹⁰⁸

B. El modelo actual de acceso a la Justicia Contencioso Administrativa en España

1. Antecedentes

González-Varas en su obra “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, realiza un recorrido histórico por la evolución de la regulación del contencioso administrativo español destacando los antecedentes de la transición de

¹⁰⁷ “**Artículo 106**

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

“**Artículo 117**

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

4...”.

“**Artículo 118**

Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

¹⁰⁸ “**Artículo 153.** El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley.

b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.

c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias.

d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario”.

“un sistema procesal basado en el acto a un sistema basado en la pretensión procesal”.

En su opinión, no solamente era necesaria su adecuación a la realidad de la justicia administrativa de los nuevos tiempos y modelos más acordes a la tutela de intereses subjetivos como lo sostuvo el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa llamado a modificar la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 (Dictamen de 29 de mayo de 1997; n°1125/97/RG)¹⁰⁹, sino también una realidad exigida por la Constitución española para que el proceso administrativo estuviere en sintonía con el sentido de su artículo 24.1, tal como había sido afirmado por sentencias del Tribunal Constitucional al considerar que “la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene por qué tener siempre un carácter revisor”.¹¹⁰ Al respecto, resulta interesante analizar parte del texto de la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956:

“2. El texto legal configura la Jurisdicción contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública, sujetos al Derecho Administrativo.

Conserva una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es la tradicional y comúnmente admitida, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la Jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo.

¹⁰⁹ “Es perceptible, por tanto, el tránsito moderado desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés, que pone su acento en el acto – como también la LJCA vigente -, hacia un sistema subjetivo, propio del derecho alemán, cuyo centro lo constituye la pretensión o la acción”. Citado por **Gonzalez-Varas Ibáñez**, Santiago. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1999, p. 34.

¹¹⁰ “No pueden desconocerse las exigencias que, con carácter general, se derivan del artículo 24.1 CE en relación con el orden contencioso-administrativo, que ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva, o, si se prefiere, como un proceso al acto, sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados”. STC 136/1995, y en ese mismo sentido STC 86/1998. Cit. por Ibídem, pág 34-35.

Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la Jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia: **ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo.**

La Jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto adquiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique -dicho sea a título enunciativo- que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibile aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración....

IV. Objeto del recurso contencioso administrativo

1. Como es natural, la Ley previene que la existencia de un acto o disposición de la Administración es presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa.

Se habla de acto, y no de acuerdo, resolución, providencia o de cualquier otro concepto semejante, por ser aquél más extenso y comprender todas las manifestaciones de la actividad administrativa. El acceso a la Jurisdicción contenciosa, en efecto, no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos y escritos, sino también cuando revisten cualquier otra forma de manifestación regulada por el Derecho, o son tácitos o presuntos, porque todos ellos, y no solamente los primeros, pueden incurrir en infracciones jurídicas que requieran la asistencia jurisdiccional.

Disposición equivale a precepto de carácter general con categoría inferior a Ley.

2. La existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por ello, la Ley instituye un régimen general de silencio administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración.

El silencio administrativo, ciertamente, no puede ser conceptualizado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir sus obligaciones de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado.” (Lo resaltado es nuestro)

Sobre la base de lo señalado en la exposición de motivos, el artículo 1 de la LJCA de 1956, si bien trata de distanciarse del carácter revisor del contencioso administrativo, como ha sido defendido por muchos autores como analizaremos más adelante, deja clara su naturaleza de contencioso administrativo al acto, ya que aunque queda abierta la posibilidad de presentar diferentes pretensiones, siempre serán, salvo excepciones muy puntuales, sobre actos administrativos en su carácter procesal, es decir, sobre actos administrativos que creen, modifiquen o extingan una relación jurídica.¹¹¹

¹¹¹ “**Artículo 1.**

1. La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los **actos de la Administración pública** sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

2. Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

a) La Administración General del Estado.

b) Las administraciones de las Comunidades Autónomas.

c) La Entidades que integran la Administración local.

d) Las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

a) **Los actos o disposiciones** en materia de personal, administración, y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como las

2. La ruptura de la LJCA de 1998 con el carácter revisor de los actos administrativos

Como lo sostiene **García de Enterría y T.R. Fernández**, es importante la ruptura que realiza la LJCA de 1998 respecto al principio revisor y la incorporación de acciones contra la inactividad de la Administración y las vías de hecho. Sin embargo, también destacan que la Constitución de 1978 confirmó la línea iniciada por la Ley Jurisdiccional de 1956, robusteciéndola resueltamente y prestándole el rango supremo propio de sus normas¹¹². Pero pese a sus méritos, así como el esfuerzo

Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

b) **Los actos y disposiciones** del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Artículo 2.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas.

c) **Los actos y disposiciones** de las Corporaciones de Derecho Público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.

d) **Los actos administrativos de control o fiscalización** dictados por la Administración concedente respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejecución de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualesquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

f) Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley". **(Lo resaltado es nuestro)**

¹¹² Como lo destaca **Santamaría Pastor**, es en pleno vigor del régimen político de Franco cuando se dicta la fundamental Ley de 27 de diciembre de 1956 (obra magistral en el aspecto técnico de los profesores Ballbé y González Pérez), que introdujo reformas sustanciales sobre la normativa anterior, diseñando un modelo de jurisdicción y proceso contencioso administrativo que continúa hoy en vigor lo cual sustenta en las reformas efectuadas en el plano organizativo y las que considera más importantes, las introducidas en el plano funcional entre las que cabe destacar: 1. El reforzamiento de la cláusula general de competencia establecido en 1988, eliminando la exclusión de los actos discrecionales; y que aunque se mantuvo la inmunidad en bloque de los actos políticos del Gobierno, esta fue luego reducida por vía jurisprudencial; 2. Se amplió radicalmente el ámbito del recurso, que de estar configurado estrictamente como un proceso limitado a la lesión de derechos subjetivos, pasó a convertirse en un instrumento general de control de la legalidad, siendo impugnables los actos y reglamentos con base en cualquier infracción del ordenamiento jurídico y por cualquier persona que ostentara, meramente, un interés legítimo en el asunto. Para este autor, "la excelente factura técnica de la Ley de 1956 y los progresos que su articulado permitió, merced a una doctrina jurisprudencial progresiva, permeable a las sugerencias doctrinales, ha posibilitado su vigencia hasta nuestros días

realizado por la jurisprudencia, constitucional y contencioso administrativa, para reinterpretarla a la luz de la Constitución, lo que permitió prolongar su vigencia por veinte años luego de su aprobación, aceptan que era manifiesta la necesidad de proceder a su reforma para poner la legislación totalmente a tono con el artículo 24 de la Constitución y con el artículo 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, entre otras razones de carácter procesal relacionadas con la ampliación de las medidas cautelares y la precariedad de su sistema de ejecución de sentencias.¹¹³

En lo anterior concuerdan la mayoría de los autores españoles como se puede observar en la Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) cuyo número 100 fue dedicado íntegramente al análisis de la LJCA de 1998.

No obstante, con relación al acceso al Contencioso Administrativo y al abandono del carácter revisor de actos administrativos de la anterior legislación, si bien, la mayoría concuerda en que hay un cambio frente al modelo planteado por la LJCA de 1956, en la doctrina encontramos muchas posiciones encontradas.

Por ejemplo, **Ramón Parada**, crítico del actual sistema de acceso al contencioso, reconoce que consecuentemente con la desautorización constitucional de establecer excensionesl legales o reglamentarias al control de la Administración¹¹⁴, la Ley jurisdiccional de 1998, elimina ámbitos exentos y extiende el control a la inactividad administrativa, a actuaciones materiales y supuestos de responsabilidad civil que impliquen a la Administración.¹¹⁵

(con muy leves reformas en 1973, 1977, 1985 y 1992), y aún más allá: su sustitución por la hoy vigente Ley 29/1998, de 13 de julio...es en muchos aspectos, meramente formal, al haber conservado ésta buena parte de su contenido sustancial de aquélla; el proceso contencioso sigue conservando, bajo la nueva Ley, la estructura y principios que lo inspiran desde 1956, no obstante las innovaciones que ahora se introducen". **Santamaría Pastor**, Juan Alfonso. Principio de Derecho Administrativo volumen II, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., tercera edición, Madrid, España, 2002, p. 638.

¹¹³ **García de Enterría**, Eduardo y **Fernández**, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo II, Editorial Civitas, octava edición, Madrid, España, 2002, p. 572.

¹¹⁴ Señala este autor, que a pesar de la notable ampliación de la materia administrativa y de las técnicas del control judicial que supuso la Ley Jurisdiccional de 1956, esta mantuvo zonas exentas del control judicial (actos políticos, policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro, entre otros), las cuales luego quedaron invalidadas por inconstitucionalidad sobrevenida. Véase op. cit., p.635.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 635-636.

Alejandro Nieto, también, entre elogios y críticas, considera que la LJCA de 1998, representa el inicio de una nueva era, un hito en la evolución del recurso contencioso-administrativo, de una jurisdicción que empezó limitándose a anular los actos administrativos y que luego, en una segunda etapa se extendió a la “plena jurisdicción”, y que volvió a ampliarse en una tercera etapa, cuando se extendió el objeto a los actos presuntos a través de la técnica del silencio administrativo. De modo que en el nuevo paso que da la Ley de 1998 se regulan dos figuras hasta ese momento casi olvidadas: la inactividad material de la Administración y su contrario simétrico: la actividad por vías de hecho, lo que representa, de acuerdo a este autor, que por primera vez en la historia de esta jurisdicción, el legislador español ha abierto sus propios caminos abandonando el ejemplo Francés. Sin embargo, se muestra decepcionado ya que a su juicio, estamos peor que antes, ya que la ley desaprovechó la oportunidad de una verdadera nueva regulación de la inactividad administrativa, lo cual en la LJCA de 1998 se hace tímidamente, a pesar de lo que diga la exposición de motivos, críticas que analizaremos más adelante.¹¹⁶

Coscolluela Montaner también reconoce la ruptura con la LJ de 1956, ya que en la nueva legislación de 1998, queda más claro que el objeto de los recursos son las pretensiones del demandante, a pesar de que técnicamente se interpongan contra un acto expreso o presunto, o un reglamento, lo cual se sustenta y se deduce del principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 CE, que le ha dado un giro radical a la interpretación del llamado carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, de modo que el contencioso no se trata ya de un proceso al acto, sino de controlar la actividad o inactividad administrativa sobre la base de las pretensiones del recurrente, a las que en su caso el proceso debe dar satisfacción, por lo que considera que la LJCA de

¹¹⁶ “Supongo que esta reforma será recibida con alborozo por la doctrina como ya lo ha hecho en términos ditiirámicos **GONZÁLEZ-VARAS** en el número 100 de la REDA. Yo me permito, sin embargo, expresar mi decepción, puesto que a mi juicio, estamos peor que antes, ya que hasta ayer, aunque la situación era deficiente, cabía, al menos, la esperanza de una nueva regulación que solucionase la carencia, mientras que ahora ni siquiera nos queda esa esperanza. La Ley ha desaprovechado lamentablemente esta oportunidad y, dando muestras de una timidez muy poco justificable (y más teniendo en cuenta la arrogancia de la Exposición de motivos), nada importante ha añadido en este aspecto del control de la inactividad administrativa. **Nieto**, Alejandro. Justicia Administrativa, Número Extraordinario (1999) La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Editorial Lex Nova S.A., p. 45-46.

1998 diferencia perfectamente esto al separar el objeto del recurso y la actividad administrativa impugnada, de las pretensiones de las partes.¹¹⁷

Escuin Palop en su obra “el acto administrativo implícito”, señala que con independencia del futuro del reconocimiento de la teoría del acto administrativo implícito, que permitió la fiscalización jurisdiccional de actuaciones administrativas superando la interpretación formalista del acto administrativo, la nueva cláusula general que define la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y las demás innovaciones introducidas por la LJCA de 1998, representan el triunfo del espíritu que inspira dicha teoría, que no es otro que el juez administrativo fiscalice todas las consecuencias de cualquier actividad administrativa aunque algunas de ellas no hubiesen sido expresamente establecidas en las resolución administrativa impugnada.¹¹⁸

Gallego Anabitarte por su parte, en la obra colectiva “Acto administrativo y procedimiento administrativo” publicada en el año 2001, señala que la LJ de 1956 si plantea a la jurisdicción contencioso administrativa como revisora, y se configura al acto administrativo como principal manifestación de poder público administrativo susceptible de ser impugnada de esta sede, mientras que con la LJCA de 1998 el acto administrativo ha dejado de ser el objeto en torno al cual gira la fiscalización judicial del ejercicio del poder público por parte de la Administración, al asumir el concepto constitucional de actuación administrativa, y estableciendo un tipo de actividad administrativa impugnada que va más allá de los actos y disposiciones a que hacía referencia la ley de 1956, añadiendo como objeto de fiscalización los supuestos de inactividad de la Administración, así como sus actuaciones materiales que constituyen vía de hecho, lo cual se incluye como consecuencia del mandato

¹¹⁷ En este sentido, para sustentar que las pretensiones del recurrente son el verdadero objeto del recurso y que pueden ser de muy diversa naturaleza señala que la LJCA de 1998 recoge expresamente las siguientes pretensiones: “pretensión de declaración de no ser conformes a Derecho los actos o reglamentos impugnados (art.31.1); pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y de la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, si ha sido violada (art. 31.2); pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios causados (art. 31.2); pretensión de condena a la Administración para que dicte un acto al que legalmente se tiene derecho; pretensión de condena a realizar una prestación legalmente debida o al cumplimiento de las obligaciones legalmente debidas (art. 32.1); pretensión de condena al cese de una actividad que constituya vía de hecho (art. 32.2); y pretensión de condena en costas (art. 139) Véase **Coscolluela Montaner**, op. Cit. p. 524-533.

¹¹⁸ Para una explicación más detallada, véase, **Escuin Palop**, Vicente. “El acto administrativo implícito”. Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, p. 109-111.

constitucional de someter a control de judicial “la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (art. 106.1 CE), por lo que a partir de aquí, sostiene, no puede ya ser considerada como una jurisdicción revisora de actos administrativos.¹¹⁹

Otros autores como **Sebastián Martín-Retortillo**, sin embargo, no considera que haya una ruptura real con la aprobación de LJCA de 1998, sino que se trata de una continuidad que venía determinada por el “carácter progresivamente expansivo” de la anterior ley reguladora de lo contencioso-administrativo, como ya había sido expresado por **L. Martín-Retortillo**, refiriéndose a la adaptación de la justicia administrativa a la Constitución de 1978.¹²⁰ Sin embargo, en relación con el acceso al contencioso administrativo, considera que el nuevo alcance que pueda tener la sustitución del término habitual de que las pretensiones se deduzcan en relación con los actos de la Administración por el de que lo sean contra la actuación de la

¹¹⁹ Este autor destaca, respecto a la introducción del control de la inactividad y la vía de hecho por parte de la jurisdicción contencioso administrativa una aclaración que vale la pena reproducir: “No obstante, esto no significa que con anterioridad a la promulgación de la LJCA de 1998 existiera una exención jurisdicción (sic) de los supuestos de vía de hecho o de la inactividad de la Administración. Así, por ejemplo, los supuestos de vía de hecho se reconducían a la Jurisdicción Civil al amparo de lo dispuesto por el art. 9.2 LOPJ que atribuye a este orden jurisdiccional, además de las materias que le son propias, todas aquellas no atribuidas a otro orden. Sobre esta cuestión, por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 (Ar. 7328), Sala de lo Civil, dictada con anterioridad a la entrada en vigor en diciembre de 1998 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, resuelve el recurso planteado contra una vía de hecho de la Administración - La sustitución de una arqueta por otra pieza sin dar conocimiento a la Comunidad de Regante afectada - ordenando el cese de esa actuación y el restablecimiento de la situación anterior.

Los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo también conocían con anterioridad a la entrada en vigor de la LJCA de 1998 de los recursos contra la inactividad de la Administración amparando las pretensiones de los afectados y, en su caso, otorgando la indemnización correspondiente. En la STS de 8 de julio de 1998 (AR.6716), el Tribunal confirma la suspensión del funcionamiento de una actividad molesta por los ruidos que generaba, procedentes de trabajos de rebajamiento de calzado con máquina realizados en el piso superior al del recurrente, por originar ruidos de intensidad superior a los legalmente aceptados: “(...) de los hechos probados se deduce una inactividad de los responsables municipales del Ayuntamiento apelante en la adopción de las medidas precisas para la efectiva y real corrección de los ruidos producidos en la vivienda del actor que ciertamente la hacían inhabitable”. Anteriormente, de forma más o menos matizada el Tribunal Supremo había admitido su competencia en relación con supuestos de inactividad total o parcial de la Administración: entre otras, cabe citar las SSTS de 27 de octubre de 1986 (Ar.5644) y 22 de febrero de 1985 (Ar.768)”. Véase **Gallego Anabitarte**, Alfredo, en *Acto y Procedimiento Administrativo* (Obra Colectiva), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001, p. 58-59.

¹²⁰ “La vigente ley explícitamente quiere ser continuista del texto de 1956. En relación con distintos extremos en particular, no cabe negar que ha establecido algunas mejoras. No obstante, sigue sin abordarse ni mínimamente siquiera, el obligado replanteamiento que requería el sistema de nuestra jurisdicción: la mayor parte de las reformas son de carácter procesal y, además de discutibles, algunas de ellas son en gran medida intrascendentes. La razón última de la ley, formalizada en su última fase con evidente apresuramiento, no parece haya sido sino la de evitar la imagen política de que se paralizaba una reforma que ya habían iniciado Gobiernos anteriores. Véase, **Martín-Retortillo**, Sebastian, op. cit., p. 464.

Administración, que es el término que utiliza la Constitución, es un cambio que hay calificar de importante, ya que permite calificar como actividad administrativa impugnabile, además de la referencia a los actos administrativos, también la inactividad de la Administración y las actuaciones materiales que constituyen vías de hecho.¹²¹

C. Entre avances y críticas al actual modelo de acceso al contencioso administrativo. (La posición del acto administrativo)

Bocanegra Sierra, González-Varas, Muñoz Machado y Alejandro Huergo se encuentran entre los principales críticos al actual modelo, el cual consideran que representa un avance, pero por otra parte, ha contribuido a la profundización de la desnaturalización del concepto de acto administrativo al seguir haciendo girar el contencioso, a pesar de la existencia de un nuevo sistema de pretensiones, alrededor de la figura del acto administrativo. En este sentido, proponen un contencioso que no siga dependiendo excesivamente de la existencia de un acto administrativo en su concepción procesal, es decir, como el que delimita el acceso al contencioso administrativo, ya que esto no hace más que desdibujar lo que debe entenderse por acto administrativo, cuando lo que debe existir es un proceso donde la anulación del acto administrativo, de ser el caso, sea una más de las pretensiones dentro del proceso contencioso administrativo.¹²²

¹²¹ *Ibidem*, p.465-467.

¹²² **Bocanegra Sierra** así lo ha destacado de una forma muy contundente señalando en su obra ejemplos concretos: “Siendo la existencia de un acto administrativo un requisito inexcusable del contencioso (pretensiones deducidas en relación con “actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo”, decía el artículo 1.1. de la Ley Jurisdiccional de 1956 – hoy, la de 1998, dice “actuaciones en vez de acto-, aparte de Reglamentos), nada extraño resulta que los Tribunales tendieran a considerar actos administrativos a todo tipo de actuaciones administrativas, fueran realmente actos administrativos o no, con la finalidad de entender cubierto el requisito de accesibilidad al proceso, cumpliendo, con ello, por cierto, con una inexcusable función jurisdiccional – hoy una exigencia constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) – entre los cuales no figura desde luego, la construcción dogmática de conceptos. Así la jurisprudencia contencioso-administrativa – y después, lo que es más llamativo, el Tribunal Constitucional -, en una posición absolutamente original en el panorama europeo, al margen ya por completo de sus modelos, no ha dudado en admitir a trámite sin matices ni precisiones, recursos contencioso-administrativos contra actuaciones constitutivas de vía de hecho (bajo la Ley de 1956), como, por ej., en la STS de 7 de febrero de 1978 (ar.581), presumiendo la existencia de un (inexistente) acto administrativo soporte de la actuación material del caso; tampoco ha tenido el menor reparo en tramitar recursos contencioso-administrativos contra actividad técnica o material (una rueda de prensa convocada por el Consejo General del Poder Judicial, por ej., en la Sentencia de 20 de febrero de 1995, Ar. 1516), ni ha encontrado dificultad alguna en resolver pleitos contra la propia inactividad administrativa, calificada, a veces, en sí misma (no a través de la producción del silencio administrativo), como un auténtico

González-Varas, en sus “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” al analizar la concepción subjetiva en la Ley 29 de 1998, desarrolla lo que considera el paso de un “sistema procesal basado en el acto a un sistema procesal basado en la pretensión procesal”, sobre la base del artículo 24 de la Constitución española que reconoce el derecho a la tutela de los derechos e intereses legítimos, más propio del derecho alemán donde la acción o la pretensión, y no necesariamente el acto administrativo, representan el centro del proceso contencioso administrativo.¹²³

En consecuencia, este autor plantea en su obra de 1999, que si el artículo 24 de la Constitución proclama el derecho a dicha tutela, la función esencial de la jurisdicción contencioso administrativa deberá ser la averiguación de si el recurrente tiene un derecho que hacer valer o un interés legítimo, lo que debe conllevar la necesaria correspondencia procesal entre los distintos tipos de derechos e intereses legítimos

acto administrativo, aunque tácito, producido por *facta concludentia* (así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 294/1994, de 7 de noviembre de 1994, FJ 4, reiterada en la 8/1995, de 16 de enero de 1995 en un supuesto de impago material de una pensión previamente reconocida por la Administración). El propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar, con un alcance más general (STC 160/1991, referida al desalojo de los vecinos de Riaño), que en la expresión “actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo” y otras similares con las que las leyes vigentes – y entre ellas se encuentran, desde luego, la Ley 62/1978 y la LOTC- definen el objeto del recurso contencioso-administrativo, han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la administración que constituyen simples vías de hecho”. Toda actuación administrativa, pues cualquiera que ella sea, que se entienda que debe ser objeto de tutela jurisdiccional para evitar denegaciones de justicia – y debe serlo toda ella, naturalmente-, ha de ser considerada un acto administrativo y, por tanto, susceptible de impugnación jurisdiccional. Ello está muy bien, tiene una lógica cierta, pero termina por convertir el concepto de acto administrativo en algo que no es, ni debe ser: en la pauta o en el criterio que delimita el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, con lo que resulta inevitablemente desnaturalizado, fuera ya de los presupuestos que están en los orígenes y en el fundamento mismo de la figura”. Véase **Bocanegra Sierra**, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, España, cuarta edición, 2012, p.28-30.

¹²³ El autor, para sustentar su posición, cita el último Dictamen del Consejo de Estado español sobre el Anteproyecto de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 29 de mayo de 1997 (Nº1125/97/RG, p.83) que señaló lo siguiente: “Es perceptible, por tanto, el tránsito moderado desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés, que pone su acento en el acto – como también la LJCA vigente -, hacia un sistema subjetivo, propio del Derecho alemán, cuyo centro lo constituye la pretensión o la acción...”. El autor también cita la STC 136/1995 (FJ.3; ponente C. Viver i Pi-Sunyer) que afirma que “la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene por qué tener siempre un carácter revisor”, y que “No pueden desconocerse las exigencias que, con carácter general, se derivan del artículo 24.1 CE en relación con el orden contencioso-administrativo, que ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva, o, si se prefiere, como un proceso al acto, sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados”, y en la misma línea la sentencia STC 86/1998. Véase **González-Varas Ibañez**. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1999. p. 34-35.

(anulación, de obligación de dictar un acto o realizar una actuación, etc.) De hecho, el autor, al analizar en un apartado de la obra en mención, la situación al momento de promulgarse la LJCA de 1998, señala las situaciones, regulaciones, reglas y principios, que se podían observar en la jurisprudencia, (y que incluso se siguieron aplicando) que se contradicen con la concepción constitucional de la tutela e intereses legítimos de los ciudadanos, y que son muy parecidas a los que actualmente observamos en la doctrina jurisprudencial contencioso administrativa panameña.¹²⁴

Luego de analizar la teoría de la concepción subjetiva y sus consecuencias procesales, este autor estudia cuál es la postura que realmente adopta la nueva LJCA de 1998. En este sentido sostiene que si bien la Ley se orienta hacia una concepción de carácter subjetivo, reconociendo nuevas pretensiones procesales y procurando ajustar éstas a los distintos tipos de derechos o intereses que pueden tener los ciudadanos en sus relaciones jurídicas con la Administración, (es decir, está basado en la lógica de la pretensión y no del acto administrativo, rompiendo el criterio objetivista del proceso administrativo), lo que trae consigo una mejora de la calidad de la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, el modelo introducido podría mejorarse. Por ejemplo, se mantiene el sistema tradicional de impugnación anulatoria de denegaciones de solicitudes de los particulares interesados en que la Administración dicte un acto, cuando debería haberse reconocido el derecho a una “pretensión a un acto”¹²⁵, y en general, la

¹²⁴ “Del compacto conjunto de principios (desarrollados con celo especial por la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa) pueden por ejemplo recordarse el “carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, la “desviación procesal”, la insistencia en “la cita o identificación correcta del acto administrativo y no de la pretensión procesal”, la arraigada construcción de la “impugnación anulatoria de denegaciones presuntas o expresas de solicitudes de actos por los particulares”, la configuración “impugnatoria” de la pretensión procesal, la “omnipresencia de la pretensión anulatoria”, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional afirme la “imposibilidad de los pronunciamientos de hacer”, la necesidad de partir de la “definición de Administraciones Públicas a efectos de centrar la extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa”, la posición jurídica del ciudadano como la de un “destinatario o receptor de actos administrativos”, etc.”. **González-Varas**. *Ibídem*, p. 36.

¹²⁵ “En estos casos, debería haberse reconocido una ‘pretensión a un acto’ y no una ‘pretensión impugnatoria de un acto o denegación’. Esta última pretensión es típica del sistema procesal de la LJCA de 1956 y es lo que en definitiva viene permitiendo aplicar la pretensión de anulación a cualquier litigio procesal que se presente entre particular y Administración. En cambio, si se prevé una pretensión ‘a un acto’, se consigue primeramente centrar y limitar el ámbito de la pretensión de anulación...Por otra parte, la pretensión ‘a un acto’ consigue que la sentencia necesariamente tenga que pronunciarse sobre si debe o no obligarse a la Administración a dictar un acto. El pronunciamiento de la sentencia queda vinculado a la pretensión procesal”. *Ibídem*, p. 38.

LJCA de 1998 no siempre es coherente con la opción elegida en favor de un sistema diferenciado de pretensiones procesales ya que ciertos preceptos esenciales de la LJCA (algunas fases decisivas del procedimiento, tales como el acceso a la jurisdicción y la fase de interposición del recurso, contienen la lógica del acto o actuación y no de la pretensión) lo cual refleja aún la concepción tradicional de índole objetiva.

Señala el autor, no obstante, que el concepto de “pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo” le otorga un nuevo valor procesal al acto administrativo dentro del proceso contencioso administrativo. En este sentido indica, que con la aprobación de la LJCA de 1998, el acto administrativo pasó a tener una posición procesal distinta a la que tenía con la Ley de 1956: de ser el objeto de toda pretensión, pasa a ser el objeto de una concreta pretensión procesal, la anulatoria, regulada en el artículo 31 de la LJCA, reafirmandose en el artículo 1, que es la pretensión el objeto del proceso administrativo, más allá de que se haya cambiado el concepto de acto por el de actuación.

Al respecto, este autor se hace una pregunta interesante: ¿cuál es el valor procesal que tiene en la Ley la “actuación” que no es acto? Sostiene, que las actuaciones son esencialmente los actos y las actuaciones materiales, reales o técnicas, pero el nuevo concepto de actuación permitiría otra interpretación, que ayudaría a explicar los distintos casos de conocimiento propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de la cual a efectos procesales, actuaciones son todas aquellas medidas administrativas diferentes de la norma y lo que debe quedar claro, es que tomando en cuenta la exposición de motivos de la LJCA de 1998, se somete a control de la jurisdicción la actividad de la Administración Pública cualquier clase de actuación que esté sujeta al Derecho Administrativo, por lo que el mensaje no puede ser otro que el de evitar que el tipo de medida administrativa se constituya en obstáculo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, independientemente del tipo de actuación o medida administrativa (acto, actuación, disposición, inactividad, etc.), de modo que la jurisdicción ha de poder conocer del asunto jurídico si este asunto es propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En consecuencia, la actuación como criterio, sería una fórmula que según el legislador permite adaptar el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa al artículo 24 de la Constitución Española.¹²⁶

Con relación a lo anterior, se resalta la importancia de que el resultado del reemplazo del concepto de acto por el de actuación, no convierta el contencioso-administrativo en un proceso revisor de actuaciones, ya que esta no puede ser la lógica procesal de la reforma. Lo decisivo es que se produzca el “destronamiento del acto administrativo” como punto de partida para la consolidación de la concepción subjetiva sobre la base de las pretensiones procesales, contenida en el artículo 1 de la LJCA, para romper definitivamente con el eje del sistema procesal de índole objetivo, ya que la nueva Ley no parte de la imperiosa necesidad de dirigir la pretensión procesal contra el acto, a efectos primero de conseguir su anulación para dar paso así a las medidas de restablecimiento de una determinada posición jurídica. Más bien el pronunciamiento de la sentencia es consecuencia de la concreta pretensión procesal ejercitada. Existen diferentes intereses jurídicos (no necesariamente anulatorios) con cauces procesales adecuados, cada uno de los cuales conlleva un específico modelo de sentencia (anulatoria, de condena, declarativa).¹²⁷

En consecuencia, concluye el autor sobre este tema, que el objeto del recurso y del proceso es la pretensión que da cauce procesal a un interés jurídico-subjetivo que surge en las relaciones jurídicas de índole administrativo. Las actuaciones de la Administración son, entonces, el objeto de la pretensión procesal.

Casi diez años después, este autor publica su “Tratado de Derecho Administrativo”, dedicando gran parte del Tomo III, como el mismo lo señala en el capítulo I, a los

¹²⁶ Véase Op. Cit. p. 46-47.

¹²⁷ “En este sentido, lo significativo del nuevo criterio de la actuación, del artículo 1 de la LJCA, estaría en conseguir romper con el eje del sistema procesal administrativo de índole objetiva; hasta la LJCA la pretensión procesal se dirige necesariamente contra un acto que impugna, de modo que, anulando éste, el órgano jurisdiccional dispone las medidas pertinentes para restablecer una determinada posición jurídica. Tras la LJCA (art.1 en relación con los arts. 25 a 32, pretensiones procesales) la pretensión deja de tener como punto de referencia necesario el acto administrativo. Más bien, dicha LJCA alumbra un nuevo sistema procesal basado en la distinción entre pretensiones procesales que sirven de cauce procesal a diferentes intereses jurídicos (que no necesariamente coinciden con la anulación de un acto)”. Ibídem, p. 48.

comentarios al artículo primero de la LJCA de 1998, concretamente, al análisis de la sustitución del término “actos” por el de “actuación”.

El autor sigue partiendo de la premisa consistente en que la nueva LJCA de 1998, no contempla la imperiosa necesidad de que se dirija la pretensión procesal contra el acto a efectos primero de conseguir su anulación para dar luego paso a medidas de restablecimiento de una determinada posición jurídica, sino que el pronunciamiento de la sentencia es consecuencia de la concreta pretensión procesal ejercitada, ya que existen diferentes intereses jurídicos no necesariamente anulatorios, y lo relevante en esta última idea, es que las actuaciones administrativas son realmente simples formas de concreción de una relación jurídica que sitúan dicha actuación en el proceso administrativo por referencia a la relación jurídica entre el ciudadano y la Administración. Y lo que identifica una relación jurídica no es tanto la existencia de actos o actuaciones, sino la existencia de posiciones jurídicas distintas o contrapuestas (los derechos e intereses de las partes de la relación jurídica), de modo que concretamente, el interés del ciudadano podrá consistir, en esencia, en la anulación de un acto o en que la Administración realice una actuación que le interesa, y en consecuencia, el objeto del recurso y del proceso deberá ser la pretensión que da cause procesal a un interés jurídico-subjetivo que surge de las relaciones jurídicas de índole administrativa.

Este planteamiento procesal, el autor lo califica como subyacente al artículo 1 de la LJCA de 1998, y propone que se sustituya el concepto de “actuación” por el de “asunto jurídico” para resaltar el hecho de la existencia de una relación jurídica.

Aunado a lo anterior, en el capítulo XXIII de su Tratado, al analizar las pretensiones como la base de la nueva concepción subjetiva, critica abiertamente la falta de adecuación de las pretensiones procesales del contencioso a los distintos tipos de intereses legítimos de los ciudadanos para que puedan conseguir pronunciamientos judiciales ajustados a su vez a dichos intereses jurídicos, por ejemplo: de dictar un acto, de realizar una actuación, de omitir una actuación, declarativos, preventivos, cautelares de suspensión, cautelares de actuación, etc., que a través de la pretensión anulatoria por medio de un sistema impugnatorio de actos, e incluso de actuaciones, resultan muy difíciles de tutelar.

En consecuencia sostiene, que tanto la pretensión para el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la pretensión indemnizatoria son apéndices claros de la pretensión anulatoria, que no operan para todos los casos contemplados por el nuevo abanico de pretensiones que abrió la nueva LJCA de 1998.

Reconoce que la pretensión de anulación, de carácter impugnatorio de actos tiene que seguir siendo parte del contencioso administrativo para cuando existan actos de gravamen o que limitan los derechos subjetivos, sin embargo, es deficiente cuando el interés del sujeto está en que la Administración dicte un acto (supuesto de las denegaciones de actos), por lo que para estos casos, lo mejor habría sido que la LJCA hubiese reconocido una “pretensión a un acto o prestación” y no una pretensión anulatoria que “impugna un acto denegatorio” ya que en estos casos, el “acto” es lo que se pide, no lo que se impugna¹²⁸, con lo cual concordamos plenamente con el autor, ya que para efectos prácticos, debería desaparecer la pretensión de anulación del silencio administrativo o del acto presunto, como mecanismo de demandar la tutela jurisdiccional en estos casos.

Este autor acepta que uno de los grandes aportes de la LJCA de 1998 a la coherencia de la jurisdicción contencioso administrativa es la tutela de la vía de hecho, pero no sólo por establecerle un claro cauce procedimental, sino porque considera que se consigue tutelar los distintos intereses jurídicos de los ciudadanos frente a una actuación constitutiva de vía de hecho (cese o paralización de la actuación constitutiva de vía de hecho, reposición del estado anterior a dicha actuación), por lo que podría hablarse de una exacta correspondencia entre los distintos intereses jurídicos de los afectados por la vía de hecho y las pretensiones procesales previstas en los artículos 30, 32.2 y 136 de la LJCA.¹²⁹ también destaca,

¹²⁸ Véase **González-Varas Ibañez**, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, segunda edición, Madrid, 2012, p. 408-409.

¹²⁹ “Artículo 30. En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo”.

“Artículo 32.

1...

2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2”.

que con el recurso contra la inactividad de la Administración (artículo 29 LJCA) a través de la pretensión a una prestación, se logra “al fin adecuar el sistema procesal administrativo al fenómeno típico de nuestros días de la ‘Administración Prestacional’, ya que tradicionalmente el contencioso administrativo reflejaba exclusivamente el fenómeno de la Administración de limitación (Eingriffsverwaltung) concibiéndose al particular como un destinatario de actos administrativos de limitación y gravamen”¹³⁰. Se logra con la nueva legislación, una adecuación entre pretensión procesal y el derecho subjetivo prestacional, que destaca, no debe confundirse con el de condena, lo cual dota al sistema de coherencia, ya que si es comúnmente admitida la existencia de derechos subjetivos prestacionales, tendrá que existir una pretensión igualmente prestacional que sirva de cauce procesal a dicho derecho subjetivo. Con el reconocimiento de una pretensión cuyo objeto no es impugnar un acto sino pedir que la Administración realice una actuación (prestación) la LJCA de 1998, sostiene este autor, establece una nueva definición de la posición jurídica del particular en sus relaciones jurídicas con la Administración, no meramente pasiva, defensiva o receptora de actos administrativos que se impugnan solicitando su anulación, al contrario, en los artículos 29 y 32.1¹³¹ está esbozada una

“Artículo 136.

1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido”.

¹³⁰ **González-Varas Ibañez, op. cit.**, p. 429.

¹³¹ “Artículo 29.

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78”.

“Artículo 32.1.

1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la

posición activa o atacante del ciudadano que pretende la realización de una prestación o actuación por parte de la Administración. No obstante los méritos enunciados, **González-Varas** expresa que la regulación de los artículos 29 y 32 no termina de hacerse con la claridad que sería necesaria. Por ejemplo, cuando a un sujeto le interesa que la Administración dicte un acto, ya que lo que procede ejercitar es la pretensión de anulación impugnatoria de la denegación administrativa de la petición donde requiere el acto, lo cual debió haberse regulado en el contexto de las nuevas acciones prestacionales de los artículos 29 y 32. Por otro lado resalta, que la regulación tampoco ha sido bien acabada a la hora de precisar los efectos de las sentencias (artículos 72 y 110), al momento de determinar el criterio de estimación del recurso (artículo 70) y al regular el control de la discrecionalidad administrativa (artículo 71.2) donde se observa que la LJCA de 1998 sigue pensando exclusivamente en las pretensiones de anulación.

Para ilustrar sobre el camino que aún queda por recorrer para que este recurso contra la inactividad se desvincule totalmente del carácter revisor y del modelo anulatorio-impugnatorio, el autor analiza una gran cantidad de autos y sentencias que ilustran con bastante claridad sus argumentos.

El análisis parte del reconocimiento de lo que la exposición de motivos de la LJCA de 1998 expresa sobre el recurso contra la inactividad de la Administración, entre otros aspectos, que esta pretensión prestacional no pone remedio “a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativa, sino garantiza el cumplimiento de la legalidad”, y que la sentencia estimatoria debe ceñirse a “ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas”. Estas aseveraciones obligan a la jurisdicción contencioso-administrativa a adoptar un método diferente al que venía aplicando, observando ahora, no tanto si el acto es legal o ilegal a efectos de su anulación, como que si el recurrente tiene o no un derecho a una prestación, lo cual según el autor es trascendental en la línea de la concepción subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas”.

De acuerdo al análisis jurisprudencial que se realiza con relación a las pretensiones prestacionales en caso de inactividad, se destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Baleares de 24 de enero de 2003, rec. 1325/2002, nº35/2003 (JUR 2003, 86040), la cual el autor considera como un ejemplo de cómo funciona el nuevo sistema plural de pretensiones procesales en la LJCA, permitiendo una perfecta adecuación entre los intereses del sujeto y los contenidos de la sentencia, la cual está ahora vinculada no sólo al petitum de la parte que demanda, sino también a la acción procesal ejercitada. Sostiene que el aspecto de mayor interés en dicha sentencia se da cuando afirma que el particular tiene un plazo de dos meses para ejercitar correctamente la acción procesal conforme al procedimiento adecuado, que es el ordinario del artículo 29.1 de la LJCA.¹³²

No obstante, la sentencia citada va mucho más allá, al señalar que “en resumen, la inactividad de la Administración, al no contestar a la pretensión de abono de las facturas presentadas por la actora, no puede suponer la existencia de un acto presunto con efecto de silencio administrativo positivo, ni tampoco la respuesta negativa a una petición, sino simplemente, como decimos, un incumplimiento de la prestación de abono exigido. Siendo esto así, vista la oposición material efectuada por la Administración demandada, procede la desestimación de la demanda por inadecuación del ‘procedimiento’, pues no cabe el ‘abreviado’, al no encontrarnos ante un acto firme, sino ante un supuesto de incumplimiento del artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional, justificado por la demandada en el incumplimiento a su vez de la actora en el ejecución del contrato, por lo que debería haberse seguido, por tanto, el ‘procedimiento’ ordinario”.

¹³² “*En cuanto a los hechos*: a la entidad actora le fue adjudicada, mediante subasta, la obra de ‘Formació, Alineació i Adecentamiento Vial del Camino del Cementerio de Santa Margarita’, firmándose el oportuno contrato de obras en agosto de 2000. Habiendo transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud mencionada, sin que el Ayuntamiento contestara, en fecha 27 de septiembre 2002, solicitó la ejecución de lacto administrativo firme por silencio administrativo positivo, y ante la falta de respuesta, formuló la demanda origen, del presente contencioso. Por lo tanto, el caso se refiere a una reclamación de abono de factura de obras e intereses por la vía del artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (procedimiento abreviado), por remisión del artículo 29.2 de la misma. *En cuanto al fondo*: la Sala sostiene la inadecuación de procedimiento porque ‘la inactividad de la Administración, al no contestar a la pretensión de abono de las facturas presentadas, no puede suponer la existencia de un acto presunto con efecto de silencio administrativo positivo, ni tampoco la respuesta negativa a una petición sino simplemente un incumplimiento de la prestación de abono exigido’”.

Es interesante, que la propia sentencia reconozca el avance en la jurisprudencia y su adecuación a la exposición de motivos de la LJCA de 1998 y al principio de la tutela judicial efectiva contenido en la Constitución, al señalar que “Los anteriores razonamientos, y en base a los mismos, es lo que permite a esta Sala apartarse de sus anteriores razonamientos sobre la materia, hechos en anteriores Sentencias por no encontrarnos ante la existencia de un acto administrativo, sino ante un incumplimiento de la Administración”... “Puestas así las cosas, y con el fin de agotar el principio de tutela judicial efectiva procede que se reserve a la actora el derecho, si le conviniere, de interponer el recurso contencioso-administrativo, a seguir, por el procedimiento ordinario, en el plazo de dos meses, a contar desde la firmeza de la presente resolución”.

Como muestras de la adaptación a la nueva concepción subjetiva, contemplada en la LJCA de 1998, el autor cita también (en el mismo sentido de la anterior) la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2006, rec. 66/2004 (RJ 2006, 2719), la STSJ de las Palmas de las Islas Canarias, n°709/2004, de 10 de septiembre (JUR 2004, 287677), sin embargo considera que aún se echa de menos en ciertos apartados, una argumentación más subjetiva, que deje de utilizar frases o conceptos que deberían estar superados cuando lo que se solicita es el derecho a una prestación, tales como: “la actividad impugnabile”, “constituye el objeto del recurso examinar la conformidad o no a Derecho del acto administrativo”, “inejecución de la Administración”, cuando sería mejor hablar del derecho subjetivo y de la pretensión del interesado.¹³³

En el Tratado, también se hace un interesante recorrido por diferentes sentencias donde se ha debatido la aplicación práctica y directa del artículo 29.1, así como las limitaciones del nuevo sistema, ya que como señala expresamente, en el nuevo sistema procesal de la LJCA, conviven confusamente las pretensiones prestacionales y las anulatorias de actos presuntos. En este sentido, la STSJ de la Comunidad de Madrid n°601 2006 (JUR 2007, 32517) identifica claramente la nueva concepción subjetiva y el problema arriba planteado ofreciendo una explicación sencilla y práctica del giro respecto al acceso al contencioso contenido en la LJCA

¹³³ Véase *Ibidem*, p. 446-451.

de 1998,¹³⁴ sin embargo, plantea también la necesidad de que la demanda señale expresamente la pretensión a una prestación y no a un acto administrativo¹³⁵, ante lo cual reconoce que el sistema podría ser mucho más sencillo para evitar que termine venciendo el contencioso administrativo tradicional de solicitud de anulación contra la denegación de un acto presunto como solución frente la inactividad.

En cuanto a la delimitación de lo que debe entenderse por inactividad de la Administración, para evitar que la pretensión prestacional exceda sus límites relacionados con la existencia de un derecho subjetivo a una prestación concreta, la sentencia del STJ de Andalucía (Sala de Granada) de 27 de octubre de 2003 (RJCA 2004, 27) es bastante expresiva, y sustenta un poco la posición de **Bocanegra Sierra, Muñoz Machado y González Botija**, cuando analizan la desnaturalización que ha sufrido el concepto de acto administrativo desde el punto de vista de la connotación que se le ha venido dando en ocasiones para permitir el acceso al contencioso administrativo so pretexto de tutelar derechos subjetivos que los

¹³⁴ La parte de la sentencia transcrita en el Tratado es muy didáctica y le devuelve su justa dimensión a la pretensión prestacional desvinculada de la existencia de un acto administrativo previo que requiere de anulación para la satisfacción del interés subjetivo: “El precepto transcrito, introduce en la Jurisdicción contencioso-administrativa una nueva posibilidad para el administrado que, en virtud de un título determinado – acto, contrato o convenio administrativo- cuya existencia no sea controvertida, tiene derecho a una prestación concreta por parte de la Administración, de manera que, comprobada la existencia del título, y a continuación del derecho a la prestación concreta, entendida esta última expresión en el sentido que al término se le da en el Derecho Civil – dar hacer o no hacer alguna cosa -, la consecuencia es que el administrado puede interesar a la Administración el cumplimiento de esa prestación concreta, si transcurridos tres meses desde dicha petición la Administración no cumple lo solicitado, los interesados puedan interponer recurso contencioso-administrativo **en el que no se ejercitará una pretensión de anulación de un acto administrativo alguno, no va a determinar si el acto es o no contrario a Derecho sino que, verificada la existencia de una obligación de la Administración hacia el administrado y el correlativo derecho de éste a una prestación concreta**, el plazo de tres meses al que se refiere el artículo 29.1 se le concede a la Administración para que proceda al cumplimiento de tal prestación, y si no lo hace podrá acudir a esta Jurisdicción ejercitando una prestación de condena frente a la Administración, como acredita cumplidamente el tenor literal del artículo 32.1 de la LJCA.” (El subrayado es nuestro) Cit. por González-Varas op.cit., p. 453.

¹³⁵ ...el nuevo régimen de pretensiones articulado por la LJCA de 1998 impone a quien hace uso de ellas, en primer lugar que ante la Administración se indique si de lo que se trata es de ésta cumpla con una pretensión prestacional de dar, hacer o no hacer algo a su favor, o bien que lo que se ejercita ante esa Administración es no ese derecho prestacional, sino una solicitud que si no se cumple da lugar al nacimiento de un acto administrativo, positivo o negativo, acto éste de carácter jurídico y no prestacional, el cual más tarde si es positivo puede pedirse que se ejecute, y si es negativo puede combatirse ante los Tribunales, pero aquí, a diferencia de la pretensión del artículo 29.1, el objeto del proceso es un acto administrativo, positivo o negativo, que tiene que haberse producido previamente en vía administrativa, y no una pretensión prestacional, en la que en vía administrativa no se produce acto administrativo alguno, por lo que en suma solo el ejercicio adecuado por el particular ante la Administración de su pretensión, le va a permitir posteriormente articularla ante los Jueces y Tribunales de esta Jurisdicción de forma congruente con su ejercicio ante la Administración...”. Ibídem, p. 455.

tribunales consideran legítimos. La citada sentencia expresa que “...Ante todo conviene recordar que el proceso Contencioso-Administrativo no somete a enjuiciamiento cualquier manifestación, activa u omisiva, del comportamiento de la Administración pública, sino que el mal llamado recurso – en realidad proceso Contencioso-Administrativo – se estructura alrededor de lo que la LJCA/1998 denomina actuación en términos genéricos en su art. 1.1º, y que luego concreta y precisa en su título III, capítulo I, al definir de forma pormenorizada lo que se entiende por objeto del recurso Contencioso-Administrativo bajo la rúbrica de actividad administrativa impugnabile. En ese capítulo se distingue la impugnación de actos administrativos expresos o presuntos (art. 25.1º) y en segundo lugar la inactividad de la Administración y las vías de hecho (art. 25.2º). Nuestro punto de partida ha de ser el Artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1998, que es el que delimita cuál puede ser el objeto del proceso dirigido contra la específica inactividad de la Administración que en él se regula y que, indirectamente, marca también la legitimación para accionar acogiendo a este precepto...en el supuesto del artículo 29, lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general”.

Luego de analizar varias sentencias que obligaban a identificar debidamente la pretensión prestacional para la correcta aplicación del artículo 29 (inactividad de la Administración), **González-Varas** concluye que las nuevas pretensiones en tanto requieren de la existencia de una obligación concretizada, exigen un rigor procesal al que no se estaba acostumbrado ya que muchas veces estamos frente a casos que “rozán con las pretensiones al cumplimiento de obligaciones legales objetivas, cuya viabilidad depende de un proceso de subjetivación de la norma objetiva, es decir, de la identificación de un reflejo jurídico subjetivo”, por lo que se está lejos de una pretensión prestacional ordinaria a un acto, al margen de los supuestos un tanto excepcionales que se están observando en la práctica procesal, lo que evidencia que estamos en una etapa incipiente del nuevo sistema procesal que requerirá desarrollos más profundos, sin perjuicio de reconocer los avances y progresos alcanzados. En suma destaca, que “cuando se trate de una pretensión a una prestación reconocida en la norma es más fácil el ejercicio de esta pretensión.

Cuando se trate de una pretensión al cumplimiento de la legalidad objetiva no procederá esta pretensión”.¹³⁶

Por otro lado, se critica que las pretensiones a una prestación por inactividad, debido a la lógica deficiente del sistema procesal de la LJCA de 1998 arriba descrita, por culpa de no haber regulado con carácter ordinario una pretensión prestacional en todos aquellos casos en que interesa un acto o una actuación, pueda alcanzarse con mayor facilidad por los causes de las pretensiones tradicionales de tipo anulatorio como lo ilustra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao de 3 de mayo de 2006, nº332/2005 (rec. 563/2005 JUR 2006, 150917) donde se discutió un caso de contaminación acústica resultando un Ayuntamiento condenado a realizar una medición sónica en zonas residenciales y dotaciones públicas, por los ruidos producto de la actividad aeroportuaria. Se realizó a través de los trámites del procedimiento abreviado por medio de una pretensión simple de anulación por los causes procedimentales ordinarios, al margen de la vía especial de la pretensión contra la inactividad.¹³⁷ Destaca el autor, que en consecuencia, en la jurisdicción contencioso administrativa española, observando el éxito de la demanda analizada, todavía parece recomendable seguir el esquema del planteamiento anulatorio si se quiere conseguir que la Administración haga frente a una obligación contenida en la ley. La vía del artículo 29 sigue siendo arriesgada porque han de concurrir sus presupuestos propios, lo que representa una confusión del sistema procesal de acceso al contencioso.¹³⁸

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 476.

¹³⁷ Se impugnó el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Derivo por el que se inadmitió a trámite la petición de medición de ruidos generados por la actividad aeroportuaria. La parte actora demandó la resolución recurrida, sustentando su recurso en la obligación de la Administración Local de velar y garantizar la contaminación acústica en base a lo dispuesto en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y peligrosas y en la Ley sobre el Ruido 37/2003, de 17 de noviembre.

¹³⁸ **González-Varas** luego del profundo e interesante análisis jurisprudencial contenido en la tercera parte del Capítulo XXIII de su Tratado, llega a unas conclusiones importantes, para efectos de nuestra investigación, sobre el acceso al Contencioso-Administrativo a partir de la inactividad de la Administración, para efecto de nuestra investigación.

1. Los derechos subjetivos prestacionales consistentes en simples derechos a un acto o a una actuación siguen encauzándose procesalmente a través de las pretensiones anulatorias. Nada habría impedido entender el silencio administrativo como un simple presupuesto procesal (no material) de una pretensión ordinaria de inactividad o prestacional a un acto o actuación.

2. Se ha creado una complejidad innecesaria en la regulación de las pretensiones no anulatorias, la cual se está reflejando en la práctica jurídica.

El autor concluye, que hay respecto al acceso al contencioso un problema de grados de inseguridad jurídica con vías de solución en la LJCA de 1998. Se mantienen muchas contradicciones, por ejemplo, puede ocurrir que el Tribunal declare no tener facultades para conceder la prestación requerida, por tener la jurisdicción contencioso-administrativa carácter revisor de actuaciones administrativas, lo cual ocurre con frecuencia, y por contrapartida puede ocurrir que, ejercitando una pretensión de anulación, el pronunciamiento llegue a ser materialmente condenatorio, o declarativo de un derecho.

Por otro lado, destaca que es importante que el recurrente se preocupe de precisar el derecho subjetivo o la pretensión que ejercita, lo cual es fundamental en un sistema procesal contencioso tan casuístico que muchas veces se convierte en salomónico, no obstante, se observa un esfuerzo por la reducción de la discrecionalidad en dos planos: el primero, que conlleva un inevitable e incluso deseable margen de apreciación en favor del órgano jurisdiccional, referido a la comprobación o verificación de si la norma, en el caso concreto, permite deducir un derecho subjetivo o interés legítimo, a efectos de estimar el recurso contencioso administrativo, y el segundo, se refiere al régimen procesal de la sentencia, relacionado con el tipo de pronunciamiento que debe decretarse (anulatorio, de condena a la realización de una prestación, de condena a la realización de una actuación frente a un establecimiento o sujeto, cautelar positivo, etc.), donde no habrá de admitirse discrecionalidad judicial a efectos de delimitar el alcance de la sentencia, ya que este deberá depender del alcance del tipo de pretensión que ejercitó el recurrente, la cual no necesariamente debe sustentarse en la anulación de un acto administrativo.¹³⁹

Bocanegra Sierra, a través de sus “Lecciones sobre el Acto Administrativo”, que ya alcanza su cuarta edición, se une a las críticas al modelo de acceso al contencioso-administrativo contenido en la LJCA de 1998, no tanto desde el punto de vista de la necesidad de delimitar y desarrollar mejor el sistema de pretensiones, aunque concuerda en muchos aspectos con **González-Varas**, sino desde el imperativo de darle su justa dimensión al concepto de acto administrativo dentro del derecho

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 524-527.

administrativo y el proceso contencioso-administrativo¹⁴⁰, de manera de que no se siga desnaturalizando su función, su razón de ser, a través de la necesidad de utilizarlo como el criterio de acceso al contencioso administrativo, dándole cumplimiento, de manera errónea, a través del concepto de acto administrativo, al principio de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la Constitución.

Este autor parte de la premisa de que los actos administrativos (siguiendo fundamentalmente la dogmática alemana), dentro del derecho administrativo son una institución dirigida a producir seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares siguiendo criterios de estabilidad que lo diferencian del derecho privado, por lo que no puede ser el centro del sistema del Derecho Administrativo al “erigirse el acto en el criterio delimitador del ámbito de conocimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo juego y finalidad nada tiene que ver con lo que realmente son, y para lo que sirven, los actos administrativos”.

Explica que la figura de los actos administrativos se incorpora al derecho español, procedente de Francia, su país de origen, y se desarrolla a través de la dogmática italiana y alemana, sin hacerse los necesarios ajustes a su distinta realidad. Sostiene que en dichos sistemas, para que haya acto administrativo es necesario fundamentalmente que exista una declaración administrativa dirigida derechamente a la producción de efectos jurídicos y dictada en el ejercicio de una potestad administrativa, lo que no sucede actualmente en el derecho español, donde los actos administrativos se han convertido, con “una extensión completamente desmesurada”, en el criterio que permite decidir qué o cual de la actividad administrativa es susceptible o no de control jurisdiccional, lo que produce un

¹⁴⁰ Resulta significativo en este sentido lo indicado en el prólogo a la tercera edición por el autor, en relación a la necesidad de conocer y entender la dogmática del acto administrativo y su evolución en Europa para poder analizar el papel que debe jugar el mismo dentro del proceso administrativo. Expresa que la tradición del acto administrativo “es básicamente francesa y alemana, más importante y cercana esta última y en la que poco o nada cuenta la española, o su modelo, la italiana, al margen de una práctica propia más o menos útil. Es verdad que el Derecho es fundamentalmente nacional (con todo, lo es más o lo es menos según de qué se trate) pero también es cierto que no puede sustraerse a la tradición jurídica, propia o ajena, que sustenta y explica determinadas y singulares instituciones, como desde luego ocurre, destacadamente con el acto administrativo. Guste o disguste, el conocimiento de la impresionante tradición jurídica europea sobre los actos administrativos es sencillamente imprescindible para comprender una institución que, aunque también española, va mucho más allá de los Pirineos y es inmune a los casticismos y a los caprichos del legislador de turno”. **Bocanegra Sierra**, Raúl. “Lecciones Sobre el Acto Administrativo”. Editorial Aranzadi, cuarta edición, Navarra, España, 2012, p. 21.

concepto jurisprudencial de acto administrativo absolutamente inmanejable por su heterogeneidad, convirtiéndolo en “toda la actividad administrativa, cualquiera que ella sea, sujeta a control judicial, es decir, la actividad administrativa entera porque toda ella se encuentra efectivamente sometida al control jurisdiccional”, lo cual sigue ocurriendo con la LJCA de 1998, con la sustitución del término actuación por el de acto, aunque tal vez en menor magnitud, pero siempre con el ánimo de dar acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, a la tutela judicial efectiva, a las pretensiones de los particulares, siendo la existencia de un acto, ahora de una actuación, un requisito inexcusable del contencioso, lo cual reconoce el autor que puede tener una lógica cierta, pero “termina por convertir el concepto de acto administrativo en algo que no es, ni debe ser: en la pauta o en el criterio que delimita el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, con lo que resulta inevitablemente desnaturalizado”.¹⁴¹

¿Qué propone entonces **Bocanegra Sierra** para solucionar este problema y que el acceso al contencioso administrativo cumpla su función tuteladora sin abusar del concepto de acto administrativo, a fin de que el sistema tenga más coherencia jurídica?

El autor parte de que la situación que se observa en España respecto al acceso al contencioso administrativo y su evolución, se observó en Alemania antes de la aprobación de la VwGO de 1960 (Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso-

¹⁴¹ “Nada extraño resulta que los Tribunales tendieran a considerar actos administrativos a todo tipo de actuaciones administrativas, fueran realmente actos administrativos o no, con la finalidad de entender cubierto el requisito de accesibilidad al proceso, cumpliendo con ello, por cierto, con una inexcusable función jurisdiccional – hoy una exigencia constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) -, entre las cuales no figura, desde luego, la construcción dogmática de conceptos. Así la jurisprudencia contencioso-administrativa- y después, lo que es más llamativo, el Tribunal Constitucional-, en una posición absolutamente original en el panorama europeo, al margen ya por completo de sus modelos, no ha dudado en admitir a trámite sin matices ni precisiones recursos contencioso-administrativos contra actuaciones constitutivas de vía de hecho (bajo la Ley de 1956), como por ej. En la STS de 7 de febrero de 1978 (Ar.581), presumiendo la existencia de un (inexistente) acto administrativo soporte de la actuación material del caso; tampoco ha tenido el menor reparo en tramitar recursos contencioso-administrativos contra actividad técnica o material (una rueda de prensa convocada por el Consejo General del Poder Judicial, por ej., en la Sentencia de 20 de febrero de 1995, Ar. 1516), ni ha encontrado dificultad alguna en resolver pleitos contra la propia inactividad administrativa, calificada, a veces, en sí misma (no a través de la producción del silencio administrativo) como un auténtico acto administrativo, aunque tácito, producido por *facta concludentia* (así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 294/1994, de 7 de noviembre de 1994, FJ 4, reiterada en la 8/1995, de 16 de enero de 1995 en un supuesto de impago material de una pensión previamente reconocida por la Administración)”.

Administrativa) donde el sistema se volcaba sobre la impugnación de actos administrativos, no obstante, a partir de esta norma el contencioso administrativo alemán empieza a sostenerse en la existencia de un sistema de acciones declarativas, constitutivas y de condena.¹⁴² Defiende la desconexión del acceso a la jurisdicción contencioso administrativa de la impugnación de un acto administrativo, de modo que los ciudadanos, y aquí concuerda plenamente con **González-Varas**, puedan plantear sus pretensiones, y los Tribunales resolver sobre ellas, sin que exista necesidad alguna de provocar siempre y necesariamente un acto administrativo, lo cual no colisiona de ninguna manera con el requerimiento constitucional de tutela judicial efectiva y la garantía de los derechos ciudadanos frente a la Administración.

Siguiendo con esta argumentación, señala que nada exige que el completo control de toda la actuación administrativa, tenga que articularse de manera forzada a través de la impugnación de actos administrativos, por el contrario, puede ser cubierto mediante un sistema jurisdiccional que obligue a la impugnación de actos administrativos cuando deba hacerse, pero que posibilite también el acceso al proceso mediante acciones diferentes a la impugnatoria en los casos que esta no sea necesaria, como sucede en los supuestos de inactividad, vía de hecho o de actuación administrativa de carácter material o técnico. Reconoce que la LJCA de 1998 ha pretendido tomar algunos esquemas propios del derecho alemán, asentando el contencioso en un sistema de acciones desprendido de una vinculación necesaria al acto administrativo, lo que representa un evidente cambio de posición y un giro necesario hacia la liberación de los actos administrativos como requisito general previo de acceso al proceso contencioso, lo que permitiría un tratamiento independiente en un futuro, sin embargo, considera que en su redacción actual, la LJCA de 1998, es sólo una “estación intermedia” en la configuración de un

¹⁴² Sostiene **Bocanegra Sierra** que en síntesis las pretensiones que se pueden deducir ante la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania son: En el ámbito de las pretensiones de carácter constitutivo, la pretensión de anulación, la impugnación de un acto administrativo (Anfechtungsklage), que requiere, entre otros presupuestos, el previo agotamiento de la vía administrativa de recurso. En cuanto a lo que se refiere a las pretensiones de condena, indica que existen dos variantes: la pretensión de que se condene a la Administración a dictar un determinado acto administrativo (Verpflichtungsklage), y la pretensión dirigida a la que la Administración realice una determinada prestación o a que cese una actividad administrativa concreta (Allgemeine Leistungsklage). Y por último, como pretensión de carácter declarativo se reconoce la posibilidad del ejercicio de una acción dirigida a la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o a que se declare la nulidad de un acto administrativo (Feststellungsklage). *Ibíd.*, p. 32.

contencioso que permita desprenderse de un excesivo apego al acto administrativo previo, y su perturbador corolario revisor del contencioso, aunque es verdad, que el camino para la construcción técnica de un concepto preciso de acto administrativo, parece ahora más abierto que nunca. Un concepto preciso, estricto y restringido de acto administrativo, entendido como “toda decisión o resolución administrativa de carácter regulador y con efectos externos, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”, junto con un conjunto de pretensiones constitutivas, declarativas y de condena, permitirían el desprendimiento de una vez por todas de la función delimitadora del contencioso administrativo que todavía se percibe en el derecho español, respecto al acto administrativo.

Muñoz Machado en su Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público concuerda con **Bocanegra Sierra**, en que la confusión sobre la función del acto administrativo dentro del proceso contencioso administrativo y su desnaturalización¹⁴³, sin que haya entre la doctrina y la jurisprudencia generalizada mayor discrepancia, obedece en gran medida al distanciamiento de la doctrina de la tradición establecida en los dos países que se pueden utilizar como referencia para establecer la dogmática del acto administrativo: Francia y Alemania, dándose paso a la doctrina italiana representada por Zanobini, que no tiene ningún apoyo histórico

¹⁴³ Señala **Muñoz Machado**, con relación al reconocimiento de un concepto amplio de acto administrativo a nivel doctrinal y jurisprudencial, que esta situación distorsiona el concepto y hace inaplicables algunos de los elementos más característicos de su régimen jurídico. En este sentido cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2005, que considera representa los extremos a los que puede llegar la inutilización del concepto cuando sirve de parámetro para el acceso al contencioso-administrativo: “igual que no cabe anular una comida facilitada por la Administración a un interno de un Centro Penitenciario aunque aquella no reúna las condiciones que exige el Reglamento Penitenciario, ni anular el tratamiento dispensado por un hospital de la Seguridad Social por muy defectuoso e incorrecto que el mismo sea, ni anular un transporte de viajeros efectuado por una empresa municipal que el mismo tenga y por muchos que hayan sido los preceptos vulnerados del Código de la Circulación o de la Ley de Seguros Vial, tampoco cabe la anulación, por vía de la revisión de oficio, del envío de un telegrama. La comida ilícita, el tratamiento sanitario defectuoso, el transporte ilegal o la tramitación de un telegrama cabrá que se suspendan, pero una vez ejecutados no cabe que puedan jurídicamente ser anulados. Si es posible que en ciertas condiciones, la comida, el tratamiento sanitario, el transporte o la tramitación de un telegrama puedan ser contrarios al ordenamiento jurídico y, en ese caso, podrán basarse en estos hechos una responsabilidad patrimonial de la Administración encargada de la prestación del servicio pero, desde luego, lo que no cabe es que se anulen por mucho que el servicio se haya prestado de manera ilícita por la sencilla razón de que no constituyen actos administrativos.” **Muñoz Machado**, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público. Editorial Iustel, Madrid, 2011, p. 25-26.

que sustente la fuerza que ha alcanzado.¹⁴⁴ Critica la adopción del concepto amplio y su carácter delimitador del contencioso-administrativo, y rechaza la posición de **García de Enterría y T.R. Fernández**, considerando al primero como el “principal sostenedor del autor italiano en España”, al indicar que las razones esgrimidas para sustentar la desviación respecto a la doctrina francesa y alemana son bastante escuetas, basadas en que la doctrina francesa reconoce como actos administrativos solamente a los dictados por la Administración y no a los demás poderes del Estado, y que al identificarse el acto administrativo con un acto que tiene efectos regulatorios en relación con los ciudadanos (doctrina alemana) se dejan al margen los actos interadministrativos y otros que tienen aparentemente efecto ejecutivo como ocurre por ejemplo con las subvenciones, a lo que **Machado** contesta que el legislador les reconoce a las declaraciones adoptadas por los demás poderes del Estado, carácter ejecutivo y que su enjuiciamiento se atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa como de hecho ocurre en el artículo 1.3 de la LJCA. Y en cuanto a los actos interadministrativos y demás actos que no tienen aparente efecto regulador o ejecutivo, considera que pueden ser o no actos administrativos en la medida en que salgan de la esfera organizativa interna de la Administración y afecten a los derechos de los ciudadanos, lo que es aplicable a las subvenciones en la medida en que amplían la esfera de derechos de los ciudadanos y la definen.

Muñoz Machado, respalda la crítica de **Bocanegra Sierra**, en el sentido de que la inclusión en el concepto de acto administrativo de cualquier tipo de declaración afecte o no a los derechos de los ciudadanos, plantea problemas serios porque se difumina el régimen jurídico de los actos y la coherencia de la teoría del acto administrativo, ya que utilizando el concepto amplio de acto administrativo no es posible saber si en todos los casos son aplicables los principios de irrevocabilidad, anulabilidad, ejecutividad, entre otros, lo que considera trascendente no sólo desde el punto de vista teórico y abstracto, sino evidentemente, también desde la

¹⁴⁴ Incluso hasta los años sesenta del siglo pasado, era más frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontrar decisiones que utilizaban el concepto de acto administrativo como decisión ejecutoria. Por ejemplo, la Sentencia de 9 de noviembre de 1974 argumentó, sobre si una consulta es o no un acto administrativo, que “la contestación a una consulta no es una resolución administrativa, por carecer de los elementos esenciales definidores del acto administrativo, en sentido estricto, ya que no es concebible jurídicamente la existencia de una resolución administrativa en su sentido estricto, esto es, con trascendencia creativa, modificativa o anulatoria de derechos subjetivos, sin que de ella derive, consecuentemente, de un modo directo o inmediato, la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica”.

perspectiva de la seguridad jurídica y la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, a cuyo servicio se incorporaron al ordenamiento jurídico aquellos principios del régimen jurídico de los actos. Adicionalmente, se desvirtúa el acto administrativo como institución a través de la cual la Administración aplica unilateralmente el Derecho mediante una declaración destinada a adquirir firmeza y asegurar la necesaria estabilidad de las situaciones jurídicas creadas, de aquí el paralelismo de los actos con las sentencias, asegurando a la Administración que sus decisiones no podrán ser cuestionadas por tiempo indefinido ya que esta inestabilidad sería perjudicial para el interés público y el de los particulares.

Sobre este tema, reconoce que el que “una razón procesal” haya forzado la ampliación del concepto de acto administrativo para que ninguna actuación de la Administración se quedara fuera del control de la jurisdicción contencioso-administrativa puede considerarse una razón estimable, pero tanto la Constitución en su artículo 24, como la LJCA de 1998, han modificado por completo la necesidad de seguir manejando esta construcción jurídica, de manera que hay razones suficientes para recuperar un concepto de acto administrativo más estricto, que se caracterice porque, al adoptarlo, la declaraciones que emite la Administración, en uso de las prerrogativas que le confiere el ordenamiento jurídico, resulten de inmediato protegidas con los privilegios de ejecutividad, ejecución forzosa e irrevocabilidad, además de por el régimen concerniente a su validez. De manera que todas las demás actuaciones de la Administración sean impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa porque cabrán dentro de la competencia de esta última, porque así se consigna en la LJCA, pero la necesidad de calificarlas como actos administrativos debe desaparecer en términos procesales, devolviéndole al acto administrativo su carácter ejecutivo y regulador para volver a considerarlos como “las declaraciones de las Administraciones públicas, sometidas al Derecho Administrativo, que tiene efectos sobre los derechos e intereses de los ciudadanos en cuanto que, con carácter ejecutivo, los regulan, concretan, determinan, amplían o restringen de cualquier modo”.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Véase **Muñoz Machado** op.cit., p.30-33

Revisando las posiciones de **García de Enterría y T.R. Fernández** sobre el acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo (plasmadas en su “Curso de Derecho Administrativo”), observamos sus consideraciones relacionadas con que tanto la tendencia que defiende una teoría del acto administrativo sobre el modelo de la sentencia judicial (que arranca con Otto Mayer en Alemania y que se mantiene vigente), como la teorización de una decisión ejecutoria (que parte de Hauriou y que mantiene vigencia en la doctrina francesa), son notoriamente imprecisas,¹⁴⁶ y defienden el concepto amplio de acto administrativo oponiéndose a la continua exclusión de supuestos para adelgazar aún más la teoría del acto administrativo, considerando que no tiene justificación a pesar de las insistentes posiciones que intentan reducir los actos administrativos a los que tienen la condición de negocios jurídicos (Kormann) o a los que tienen por destinatarios a particulares y contienen una regulación u ordenación.

Consideran que no se trata de expulsar “supuestos incómodos” y no ocuparse más de ellos, y complacerse en perfeccionar un objeto convencionalmente delimitado, sino de dar cuenta de la realidad, debido a que algunos de estos “supuestos incómodos” podrán constituir especies separadas dentro de esta teoría del acto administrativo (concepto amplio) ya que la concreción (reconocimiento del concepto estricto, decisorio, regulador), podrá constituir una especie separada dentro del mismo, pero no parece que puedan absorber en exclusiva todo el concepto. Y desde luego, señalan estos autores, que podrá convenir a los actos de procedimiento para excluir a los actos administrativos que no alcancen la cuestionada categoría de negocios jurídicos de derecho público (los que crean, modifican o extinguen una relación jurídica, como lo expresa la Ley de Procedimiento Administrativo Panameña) por no ser expresiones de voluntad, sino de juicio, de conocimiento, de

¹⁴⁶ Señalan que la primera de estas concepciones que está inspirada por una obra de **Bocanegra Sierra**, es difícil de sostener porque los poderes del Estado no están divididos en funciones abstractas, de modo que tengan que expresarse en una forma única, y la segunda, que identifica solamente el acto administrativo con el acto dictado por la Administración con una especie de fuerza hacia el súbdito, discrimina notoriamente los actos interadministrativos, los actos internos, que se producen en el seno de la Administración, y los dicta sin relevancia externa, y aun aquellos actos relacionales, y en los que el efecto constitutivo o ejecutorio no resulta aparente, poniendo de ejemplo las subvenciones. Concluye este apartado defendiendo que la autotutela si bien es un atributo de la Administración como sujeto, esta no tiene por qué expresarse en todos y cada uno de sus actos jurídicos (simplemente porque no en todas las ocasiones la Administración necesita tutelar y proteger sus derechos e intereses frente a terceros) Véase **García de Enterría y T.R. Fernández**, op. cit., p.588-589.

deseo, pero consideran que para el derecho español, este proceso de delimitación de supuestos para definir el acto administrativo como una figura institucional debe ser detenido, sin perjuicio de que dentro de su categorización se puedan hacer o diferenciar subespecies distintas.

Con relación a la conexión entre el acto administrativo y el objeto del proceso contencioso administrativo, estos autores desarrollan en su obra un apartado sobre el “carácter impugnatorio del Recurso Contencioso-Administrativo y el llamado carácter revisor”, a través del cual buscan desmitificar las aseveraciones de muchos autores sobre la pervivencia de este carácter revisor¹⁴⁷ en la actualidad, donde expresan que a pesar de que era más palpable en la LJCA de 1956, esta supo matizarse y adaptarse a los nuevos postulados de la Constitución de 1978 relacionados con la defensa de los derechos subjetivos y los intereses legítimos como parte del principio de tutela judicial efectiva¹⁴⁸. En este sentido, sostienen, que la LJCA de 1956 nunca alentó el famoso “carácter revisor”, tal como se percibe en su exposición de motivos,¹⁴⁹ y que el objeto del recurso contencioso administrativo

¹⁴⁷ Señalan **García de Enterría y T.R. Fernández**, que una vieja jurisprudencia (sin mencionar la fecha exacta) enfatizó y sustantivó esa técnica en la fórmula de “carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa” que significaría, que los tribunales habrían de limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnado según sus propios precedentes en el expediente, al modo con que un recurso de casación enjuicia una sentencia. La tesis señala, se radicó inicialmente en la doctrina francesa del “Ministro Juez” que consideraba a la vía administrativa como una primera instancia jurisdiccional. En consecuencia, al amparo del “carácter revisor”, se excluía la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones que no hubiesen sido planteadas de manera formal en la vía administrativa o respecto de las cuales no existiese un previo pronunciamiento expreso de la Administración...”. Op cit., p. 608.

¹⁴⁸ Al respecto señala que “bien es sabido que el hábito judicial de resolver sobre todas las pretensiones de la demanda hizo pronto en España ilusoria la rígida distinción de pronunciamientos que los artículos 41, 42 y 84.b) de la Ley Jurisdiccional de 1956 pretendieron imponer dogmáticamente. Desde el origen mismo de la jurisprudencia sobre dicha Ley fue ya normal incluir pronunciamientos de condena en las acciones puramente anulatorias del artículo 41. Hoy esta práctica es ya preceptiva por imposición del artículo 24 de la Constitución, que ha hecho claro, así como obligado, que todo el recurso contencioso-administrativo sea estrictamente subjetivo y pleno y no objetivo y no pleno. Así lo reconoce el artículo 32 de la nueva LJ, incluso en el caso de los recursos dirigidos contra la mera inactividad de la Administración al afirmar expresamente que también aquí podrá el demandante pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas...”. Op cit. p. 606.

¹⁴⁹ “No se ha querido concebir la Jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia; ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo. La Jurisdicción contencioso administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique, dicho sea a título enunciativo, que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa toda fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la

tampoco era el acto administrativo, sino las pretensiones que podían formularse “en relación con las disposiciones y los actos de la Administración”, pretensiones que podían incluir el “reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma”. Había que demostrar en el recurso la ilegalidad expresa o presunta, pero en relación con dicha ilegalidad podía pedirse bastante más que la simple anulación del acto. Podía pedirse toda pretensión que, en conexión con la anulación, derivase de una titularidad subjetiva para el reconocimiento de esta situación jurídica individualizada, y las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma. No obstante, si bien reconocen que el acto administrativo no era el objeto del recurso, si lo era, como señalaba la exposición de motivos, un presupuesto de admisibilidad de la acción contenciosa administrativa, ya que no había posibilidad de abrir el proceso contencioso administrativo si no era atacando un acto administrativo previo, lo que no impedía solicitar como parte de la pretensión de anulación, una declaración positiva contraria a la que el acto impugnado contenía directa o indirectamente, la cual podía resultar en la estimación de la pretensión, o en la sustitución del acto anulado, sobre la base del artículo 84.b), con la imposición a la Administración de todas las conductas necesarias para que esa declaración sustitutoria desplegara sus efectos prácticos representando al final una pretensión de condena.

Lo expuesto por estos autores respecto a la LJCA de 1956, se asemeja a la situación actual del contencioso-administrativo panameño que como veremos más adelante, mantiene el carácter revisor de actos administrativos, con algunas de las matizaciones indicadas, adoptadas con el objeto de adecuarlo a las tendencias más modernas a pesar de las limitaciones contenidas en la Constitución y la legislación anacrónica que regula la materia.

No obstante esta defensa, dichos autores reconocen que la LJCA de 1956, a pesar de haber sobrevivido a la Constitución de 1978 y adaptarse en la medida de sus posibilidades a la misma, no siempre pudo imponerse a la inercia del principio

Administración. El proceso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional”. Ibidem, p. 609.

revisor del que la jurisprudencia postconstitucional siguió extrayendo consecuencias a veces excesivas. Por esta razón, la nueva LJCA de 1998, para evitar equívocos habla en su exposición de motivos de “superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas a cualquier comportamiento de la Administración”, y consideran que con el nuevo artículo 1 se cumple este objetivo en perfecta correlación con el artículo 106.1 de la Constitución (que se refiere a las actuaciones) lo cual comprende las pretensiones ejercitables contra la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas, que como señala su propia exposición de motivos, **expresan también la voluntad de la Administración** que debe estar sometida en todo caso al imperio de la Ley, sin embargo, la articulación técnica de estas nueva acciones carece posiblemente del vigor y la amplitud que hubiere sido deseable, especialmente en el caso de la inactividad de la Administración, donde consideran que la norma contenida en el artículo 29 de la LJCA fue excesivamente cautelosa, aunque el principio de partida está nítidamente formulado y cierra el paso de forma definitiva a la vieja concepción revisora de la jurisdicción que tan gravemente limitó su funcionamiento.

González Botija, en su interesante y sugerente artículo titulado “Los otros actos administrativos y su acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” publicado en la Revista de Administración Pública en su edición N°167 del año 2005, vuelve a someter el tema del acceso al contencioso administrativo a debate pero desde una óptica distinta y llegando a conclusiones muy razonadas sobre la situación actual y los riesgos de no buscar una solución para estos “otros actos administrativos” (conveniencia o no de tener en cuenta “la existencia de estas “otras declaraciones o manifestaciones de la Administración” que puede que no representen declaraciones de voluntad con carácter decisorio por lo menos en apariencia, pero que tampoco son vías de hecho, omisiones o inactividad de la Administración, a efecto de considerarlas como verdaderas “actuaciones” desde la perspectiva del artículo 106.1 de la Constitución y del artículo 1.1. de la LJCA de 1998), Cabe resaltar que todo el

análisis se realiza sobre la base de un profundo estudio jurisprudencial.¹⁵⁰ El artículo parte de la premisa de que existen en el derecho administrativo actuaciones distintas de las manifestaciones de voluntad, que han sido excluidas de la posibilidad de recurso por parte de la jurisprudencia, a pesar de tener valor jurídico. En este sentido, hace un recorrido por una jurisprudencia contradictoria que en ocasiones les

¹⁵⁰ **González Botija** parte en su análisis jurisprudencial de la siguiente doctrina: si la actuación no tiene contenido decisorio, no se puede recurrir al no poder ser calificada como acto administrativo, y plasma una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo que siguen dicha doctrina, entre ellos la STS de 31 de octubre de 1989, Ar. 7602 (Manifestación que no es de voluntad, ni con un criterio amplio puede encuadrarse en la categoría jurídica de acto administrativo), y las STS de 21 de junio de 1960, Ar. 2678, y STS de 3 de noviembre de 1962, Ar. 4219 (que recogen el criterio de que la jurisdicción contencioso-administrativa es incompetente cuando no existe acto administrativo decisorio, sino un acto de información o una mera advertencia) y de manera más reciente desarrolla el contenido la STS de 25 de enero de 2003, Ar.2281 (Caso ANECPA) que confirma la citada doctrina jurisprudencial al inadmitirle el recurso a la Asociación de Concesionarios de Aparcamientos de Madrid, contra la Resolución que contestaba y negaba la solicitud contenida en un escrito en el que ANECPA manifestaba que había tenido conocimiento del criterio sustentado por el Departamento de Hacienda del Ayuntamiento de Madrid en relación con la sujeción de las construcciones de aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles de residentes, al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO). La STS dispuso que “no podían merecer el calificativo de actos impugnables los dictámenes o informes, o las consultas a petición del administrado, siendo manifestaciones de juicio o criterio, en tanto no se concretasen en un acto decisorio sobre la cuestión que versaban. Es decir, se trataría de la contestación de la contestación a una consulta, o de un acto de carácter informativo, que no se aplica a un caso concreto, sino que es una declaración de carácter general y de futuro, sin ser un acto de alcance individual”. Luego analiza otras decisiones que se decantan por la “necesidad de realizar un análisis de contenido de la actuación”, donde destaca el caso “PETROLIBER”. Allí quedó plasmada la doctrina que advierte que hay decisiones de la Administración que pueden ocultar una declaración de voluntad, por lo que al examinar estos supuestos, hay que atender al contenido y no al nombre para determinar si estamos o no ante un acto o una norma, y consiguientemente, ante un producto jurídico que, constituiría materia susceptible de impugnación en vía administrativa. En este caso, la STS de 17 de julio de 1998, Ar. 6957 admitió el recurso interpuesto contra la decisión del Ayuntamiento de la Coruña que alegó que el recurso interpuesto en la vía administrativa no era admisible debido a que nos encontrábamos ante un acto no susceptible de recurso por ser su requerimiento una mera comunicación o indicación de que procedía cambiar la titularidad de la licencia por haberse dado la absorción de PETROLIBER por parte de EMPETROL-EMP. En último lugar analiza la doctrina jurisprudencial cuando se dan lo que considera supuestos de “amenazas y advertencia de denuncias o sanciones por irregularidades y medidas de presión”, donde se pueden observar dos líneas jurisprudenciales diferenciadas, una que data de la década de los sesenta y setenta, que concluye que los requerimientos o conminaciones de la Administración no pueden ser objeto de recurso o que son actuaciones inexistentes, a efectos de revisión jurisdiccional, y una más recientes, de la década de los ochenta, fundamentalmente en materia de marcas, que reconocen la existencia de actos decisorios dentro de aparentes simples comunicaciones, entre ellas la STS de 17 de octubre de 1980, Ar. 3904, que reconoció como impugnables la decisión del Pleno del Ayuntamiento de Peñafiel que acordó por unanimidad dirigirse a la casa comercial A.S.A., para que se abstuviese de usar sin autorización la denominación “Castillo de Peñafiel” en la etiqueta de sus productos y procediese a la inmediata renuncia de su marca “Castillo de Peñafiel”, y en relación a los supuestos de medidas de presión, se cita la sentencia de 18 de julio de 1989, que en un conflicto interadministrativo entre la Comunidad Autónoma de la Rioja y el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, surgido luego de que esta última inadmitiera un recurso de la primera contra una comunicación epistolar que obligaba a la firma de un Convenio. El TS advirtió que no compartía la tesis de la Administración del Estado al declarar la inadmisibilidad, ya que la “moderna doctrina, superando esquemas más rígidos y formalistas, concibe el acto “como algo más extenso que las expresiones acuerdo, resolución, providencia o cualquier otro concepto semejante y abarca todas las manifestaciones de la actividad administrativa”, sin que pueda considerarse a la comunicación de 5 de mayo de 1988 como una respuesta de naturaleza epistolar...ya que se infiere con toda claridad, que dicha comunicación es un acto por el cual se define una situación jurídica individualizada de la Administración respecto de la pretensión que se le formula, lo que escapa y traspasa el ámbito de una relación epistolar...”.

reconoce contenido decisorio y en otras no, a opiniones, comunicaciones, transmisiones de información, anuncios, que muchas veces esconden verdaderas declaraciones de voluntad o la anticipación o advertencia de que se va a producir una resolución administrativa en sentido estricto que eventualmente pueda afectar derechos subjetivos.

En este punto **González Botija** abre el debate sobre si es mejor el concepto estricto de acto administrativo o el concepto amplio para lograr la tutela judicial efectiva de esos “otros actos administrativos” que no han logrado obtenerla sobre la base de la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos, contemplada en el artículo 1 de la LJCA. A partir de allí se pregunta si habría que defender que el Tribunal Supremo en su jurisprudencia adopte un concepto amplio de acto administrativo frente a la concepción estricta (promovida por **Bocanegra Sierra, Muñoz Machado, González-Varas, Huergo**, entre otros) con el fin de ponerle fin a la práctica de la Administración de esconder verdaderas declaraciones de voluntad en actuaciones administrativas bajo el rótulo de declaraciones de opinión o juicio, meras comunicaciones o informaciones, que pueden tener una repercusión negativa o perjudicial para los intereses de los ciudadanos amparadas en el concepto estricto de acto administrativo que en ocasiones le ha servido a la Administración para tratar de escapar del control jurisdiccional mediante la estrategia, consciente o inconsciente, de calificar como actuación no decisoria lo que en el fondo es un verdadero acto que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas.

Al hacer el análisis de lo que es más positivo para responder a la tutela judicial efectiva procurando el equilibrio necesario que no vaya a paralizar a la Administración ni desbordar el contencioso administrativo con demandas sin real justificación, llega a la conclusión de que aplicar una concepción amplia del acto administrativo parece, a priori, dar mejor respuesta a las necesidades de derecho a dicha tutela, y podría servir para justificar el control de los supuestos donde la Administración adopta declaraciones de juicio u opinión que deciden sobre el fondo del asunto o causan un grave perjuicio a los intereses de los administrados, sin embargo considera que pese a lo atractivo de esta alternativa, esta solución es un error tanto del punto de vista práctico como desde el teórico. Desde el primer punto de vista porque llevaría a situaciones absurdas que podrían sobrecargar de forma

indeseable y descontrolada el trabajo de los órganos jurisdiccionales, lo que debería llevar a reflexionar si por querer cumplir con el artículo 24 de la Constitución, no se estaría infringiendo más este precepto al retrasarse aún más la actuación de la justicia, y desde el punto de vista teórico, porque no es posible afirmar de manera tajante que toda categoría o subcategoría de manifestaciones de juicio u opinión, conocimiento o deseo son actos administrativos para efectos de recurso.

Entonces, ¿se debería adoptar un concepto estricto?, se pregunta el autor. Ante lo cual concluye que esta puede que no sea tampoco la solución correcta, puesto que se corre el riesgo de que se olvide, como se observa en algunos casos en la jurisprudencia, que algunas actuaciones formalmente de juicio u opinión esconden actos decisorios, que pueden ocasionar un perjuicio a los intereses de los particulares o anticipan con toda seguridad una declaración de voluntad, como ocurre con las respuestas de la Administración a consultas de los ciudadanos que son vinculantes para aquella.

Como respuesta final, propone que es mejor que el legislador o la jurisprudencia no se decanten por uno u otro concepto de acto administrativo, y se inclina por una “tercera vía”, que consiste en justificar desde el plano normativo la solución de los tribunales, ya aplicada por ellos a lo largo de la historia en varios de sus pronunciamientos: el análisis caso por caso del contenido de la actuación de juicio, opinión, etc., a objeto de descubrir si en los mismos hay un sentido decisorio o regulador oculto, una anticipación de dicho sentido, para lo cual señala que hay una solución sencilla, que consistiría centrarse en la Constitución, relacionando los artículos 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) con el artículo 106.1 (control de la legalidad de la “actuación” administrativa) invitando a una interpretación favorable a ensanchar los límites del contencioso administrativo, la cual podría servir para resolver el problema sobre el enjuiciamiento de los “otros actos administrativos”, y una solución más compleja para lo cual, con el objeto de prevenir desde el plano legislativo a los Tribunales contra el riesgo de que aparezca de forma más o menos oculta en una declaración de conocimiento, juicio o deseo, un acto decisorio o regulador con efectos frente a terceros, ensaya una propuesta de *lege ferenda* consistente en una matización en el numeral 1º del artículo 25 de la LJCA de 1998 introduciendo un nuevo apartado en este precepto en el que se recuerde que el

recurso contencioso administrativo también será admisible tanto “frente a las declaraciones de voluntad como frente a cualquier acto declarativo de conocimiento, deseo, juicio u opinión que decida directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, cause daño o perjuicio o produzca indefensión”.¹⁵¹ Esta solución permitiría que, “los otros actos administrativos” que no se acomodan claramente al sistema anulatorio-impugnatorio, o no admiten una pretensión de condena, o de hacer o no hacer, encuentren un cauce procesal dentro en la LJCA de 1998, por ejemplo declarando que la opinión, respuesta a consulta, o advertencia, contiene carácter decisorio, por lo tanto, cabe decidir sobre su legalidad o no.

Para efecto de nuestra investigación esta visión representa un insumo importante, ya que se observa en nuestra jurisprudencia, como veremos más adelante (en el Caso Figali, por ejemplo) decisiones sobre las actuaciones que describe **González Botija**, por lo que el debate que se plantea en su artículo, incluyendo los aportes de “lege ferenda” servirán para un obligado análisis, una vez exista la voluntad en Panamá de reformar la legislación contencioso administrativa, lo que de seguro requerirá una profunda discusión previa sobre las diferentes categorías y subcategorías de actos administrativos, así como sobre el papel que queremos que jueguen en el proceso contencioso administrativo, es decir, qué nivel de protagonismo queremos seguirle dando al acto administrativo, al momento de plantear la modificación del acceso a dicho proceso en Panamá.

Podría concluirse en este apartado, antes de estudiar el modelo de acceso al contencioso en Costa Rica, que el sistema español, podría concebirse como un sistema impugnatorio-anulatorio de actos y actuaciones administrativas que permite adicionalmente a través de un sistema diferenciado de pretensiones distintas de la anulatoria, demandar la inactividad de la administración y las vías de hecho, pero con ciertas limitaciones que todavía no permiten que el sistema sea plenamente subjetivo, como ocurre con el tratamiento que se le sigue dando procesalmente al silencio administrativo y a ciertas actuaciones que continúan categorizándose como actos administrativos a fin de garantizar el acceso a los particulares a la jurisdicción contencioso administrativa sobre la base del artículo 24 de la Constitución.

¹⁵¹ Véase **González Botija**, op, cit., p.248-249.

De acuerdo a todo el análisis realizado sobre el acto administrativo y su relación o conexión con el contencioso administrativo español, consideramos que **Bocanegra Sierra**, independientemente de su espíritu crítico, es el que mejor la define, al señalar, como ya lo indicamos supra, que “en su redacción actual la LJCA de 1998 es sólo una estación intermedia en la configuración de un contencioso que permita desprenderse de un excesivo apego al acto administrativo previo”¹⁵² ya que sigue básicamente anclado en el modelo francés, revisor de actos administrativos, en el que el acto administrativo “préalable” es condición de acceso a la jurisdicción, de tal modo que las pretensiones continúan girando alrededor de la noción de acto administrativo, lo que obliga a que el contencioso proscriba el uso de un concepto estricto y utilice los convencionalmente llamados conceptos amplios, para apoyarse en una amplísima noción de acto administrativo, que le permite salir al paso de los problemas de indefensión y de carencia de tutela judicial efectiva, calificando situaciones como actos recurribles ante los Tribunales, a pesar de no tratarse de actos administrativos en sentido estricto.¹⁵³

Huergo Lora, en un reciente artículo, va mucho más allá en su propuesta, y siguiendo a **Bocanegra Sierra**, además de solicitar que se interprete el acto administrativo en su sentido estricto, tomando en cuenta que no puede considerarse como tal cualquier acto que proceda de una Administración, ni cualquier acto dictado por la Administración sometido al derecho administrativo, sino el que tiene carácter regulador, qué produce efectos imperativos frente a terceros, y que el recurso contra los actos administrativos no puede representar el molde único de las acciones que se ejercitan ante los tribunales contencioso administrativos o a cuya imagen se han creado vías procesales añadidas, como ha ocurrido con la Ley de la Jurisdicción de 1998, con los recursos contra la inactividad y contra las vías de hecho que siguen teniendo una naturaleza impugnatoria, propone que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, regule expresamente el recurso contra actos y permita

¹⁵² En este sentido **Martín Mateo**, en cierto modo concuerda con **Bocanegra Sierra**, al indicar que hay diversos sistemas para encuadrar las relaciones entre la Administración pública y la justicia, y que el sistema que sigue el ordenamiento español, es una especie de sistema intermedio (Distinto al Francés y al Anglosajón) que puede ser definido como el de la autotutela administrativa con posterior revisión de los actos por los tribunales, donde la Administración decide con potencia ejecutiva, lleva a efecto sus decisiones, pero después los jueces pueden intervenir modificando y **revisando sus actuaciones**. Véase **Martín Mateo**, Ramón, op cit, p. 323-324.

¹⁵³ Véase **Bocanegra Sierra**, op cit. p., 43-44.

que las demás acciones se rijan por las reglas procesales comunes de acceso contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que permiten una amplitud de pretensiones¹⁵⁴, lo cual se acerca al modelo adoptado por Costa Rica en su nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de 2008, como veremos en el próximo título, donde se incluyó un número abierto de pretensiones dentro del propio Código.

Este autor señala, que no es posible seguir utilizando el recurso contra actos como cause para la impugnación de otras actuaciones administrativas, y seguir utilizando la pretensión de impugnación o anulatoria en todo tipo de demandas ante el contencioso administrativo en un esfuerzo por ampliar el concepto de acto administrativo para permitir que los particulares se opongan a determinadas medidas que no son actos administrativos pero que pueden afectar derechos o intereses legítimos. En este sentido menciona decisiones jurisprudenciales donde previamente se han admitido demandas contra embargos, compensaciones de créditos o desalojos, y actuaciones en vía de hecho en general (Sentencia de 14 de noviembre de 1985 – RJ 5555), contra declaraciones públicas, cartas de recordatorio de obligaciones legales (Auto de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 10 de noviembre de 2005 – Recurso 461/2005), o contra circulares o instrucciones, tal como ya fue debatido en el artículo de **Bacigalupo**: “la impugnabilidad directa de las instrucciones administrativas”.¹⁵⁵

Para evitar que se utilice el concepto amplio de acto administrativo para definir procesalmente el acceso al contencioso, y que a su vez no haya inadmisiones de recursos contra determinadas medidas que mencionamos con anterioridad, **Huergo** concluye su ensayo explicando cómo podría ser ese contencioso sin recursos ni actos recurridos, lo que conlleva desde luego una reforma a la LJCA de 1998, que propone en el título de su artículo, partiendo de que el problema empieza cuando se

¹⁵⁴ **Huergo Lora**, Alejandro. Un Contencioso-Administrativo sin Recurso ni Actividad Impugnada. Revista de Administración Pública N°189, septiembre – diciembre 2012, Madrid, España, p. 56-57.

¹⁵⁵ **Bacigalupo**, Mariano. “Sobre la impugnabilidad directa de las instrucciones administrativas, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, 26, 2005, págs 563-572, cit. por **Huergo Lora**, op cit. p. 60. Bacigalupo comenta, de acuerdo a Huergo, que “puede ser cierto que las instrucciones no producen efectos directos para el ciudadano (a diferencia de los reglamentos), debido a su limitada eficacia jurídica, pero entiendo que no cabe excluir su impugnación porque, aplicando lo que se ha explicado previamente sobre las acciones declarativas preventivas, generan una situación en la que existe un interés legítimo del ciudadano que exige que se aclare si la instrucción es, o no, conforme con el Ordenamiento Jurídico”.

exige que cualquier acción adopte la forma de recurso contra alguna forma de actividad administrativa, que la mayoría de las veces es un acto administrativo o una medida administrativa o una situación que se hace pasar como tal, mientras que existe otra forma de concebir el contencioso, mucho más sencilla manteniendo el recurso contra actos administrativos y reglamentos como acciones específicas del contencioso administrativo, pero permitiendo también, en aplicación de la cláusula general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se puedan ejercer “acciones judiciales no impugnatorias en las que se deduzcan cualesquiera otras pretensiones, sin más requisito que, en su caso, una reclamación previa a la Administración, ni más plazo que el de prescripción”.¹⁵⁶

Por otro lado, en este debate sobre el papel que debe jugar el acto administrativo en un sistema de pretensiones que amparen intereses y derechos legítimos de los ciudadanos, también se debería poner atención a la advertencia de **González Botija** sobre la recarga del contencioso so pretexto de extender la tutela judicial efectiva a cualquier movimiento de la Administración. Esto también ha sido cuestionado por **García de Enterría y T.R. Fernández**, cuando señalan, respecto a las posibilidades de excesiva litigiosidad en lo contencioso (que un concepto amplio de acto administrativo, consideramos, podría propiciar también) “que la situación actual de la justicia administrativa es grave y sus agobios han estado aumentando cada año (a pesar que de los recursos pendientes han comenzado, sin embargo, a descender), pero probablemente son aún exigibles medidas más enérgicas e imaginativas. Quizá una apuesta política decidida en favor de mecanismos de composición y arreglo de conflictos en vía administrativa, de “tribunales” de este orden dotados de efectiva imparcialidad e independencia en materias como personal, tributarias, justiprecios expropiatorios, sanciones (de tráfico, consumo y otras semejantes), mecanismos que parece postular el artículo 88 de la Ley de Procedimiento

¹⁵⁶ **Huergo** señala que la jurisprudencia podría, a través de una interpretación progresiva, de la cláusula de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, avanzar en este sentido, sin previa reforma legal, pero no es fácil ni probable que esto ocurra, por lo que se inclina por la reforma legal, la cual considera simple: “borrar acciones innecesarias (los recursos contra la inactividad y contra la vía de hecho, y especialmente en abrir el catálogo de vías procesales, de modo que las acciones que se regulen expresamente sean sólo cauces adicionales a todos los que surgen de la aplicación de la legislación procesal civil. Este cambio produciría una ganancia neta para la tutela judicial de los ciudadanos, eliminando las actuales zonas de sombra y toda la pesada discusión sobre la desviación procesal, el carácter revisor del contencioso o el alcance del acto impugnado como límite de las sentencias”. Op. cit. 72-73.

Administrativo¹⁵⁷, que podrían liberar efectivamente a los Tribunales de la jurisdicción de un cúmulo de asuntos que les impiden, y les seguirán impidiendo, hacer una autentica justicia, es decir, una justicia en tiempo real y no una justicia meramente histórica, absolutamente inefectiva las más de las veces, en los asuntos que realmente merecen, exigen y justifican la puesta en marcha del aparato procesal. Pero eso, claro, requiere inexcusablemente una forma diferente de administrar, una renuncia decidida al uso instrumental del poder público y a especular con los privilegios exorbitantes que se vinculan a la mera detentación de ese poder, que es, en realidad, lo que alimenta la conflictividad creciente e imparable en la que radica la causa última de todos los problemas”.¹⁵⁸

Algunas de estas soluciones prácticas e imaginativas para evitar que el litigio llegue a la jurisdicción contencioso administrativa, pero procurando un equilibrio en el acceso al contencioso administrativo, no solamente a través de actos y actuaciones administrativas, han sido incluidas en las nuevas legislaciones de lo contencioso administrativo de Costa Rica y Colombia, como veremos en los siguientes títulos.

¹⁵⁷ “Artículo 88. Terminación convencional. **1.** Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. **2.** Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. **3.** Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano. **4.** Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

¹⁵⁸ **García de Enterría**, Eduardo, y **Fernández**, Tomás-Ramón, T.II op. cit., p. 592-593.

TÍTULO II

El modelo adoptado por Costa Rica: más allá de la pretensión sobre los actos, omisiones e inactividad de la Administración. La desvinculación del contencioso administrativo al acto administrativo

Las corrientes más modernas respecto al acceso contencioso administrativo defienden, además del antiformalismo, la posibilidad de que los administrados puedan presentar recursos sobre la base de pretensiones que no necesariamente recaigan sobre actos administrativos, ya sean estos expresos o presuntos, o sobre la inactividad, tomando en cuenta que la arbitrariedad de la Administración puede adoptar diferentes formas, por lo que la tendencia recomienda la flexibilidad frente a la rigidez en el acceso a una real tutela judicial efectiva.

Estas teorías promueven una desvinculación del acceso al contencioso administrativo del concepto de acto administrativo como la base de las pretensiones. Esto representa no solamente un cambio de mentalidad respecto al contencioso administrativo, sino también un salto cualitativo respecto a la protección de los derechos de los administrados sin abandonar la posición que ocupa la Administración y el interés superior en la construcción del Estado de Derecho.

A. Evolución histórica

En el año 1998, la Corte Suprema de Justicia costarricense le encargó a una comisión de juristas la redacción de un proyecto de reforma integral de la justicia contencioso administrativa. Esta comisión empezó a buscar en los diferentes modelos existentes y en las diferentes tendencias y teorías todavía objeto de debate, fórmulas jurídicas, que además de ser modernas, se adecuase a la normativa constitucional y a la realidad costarricense.

De esta manera se estudiaron el modelo español, el modelo italiano y el alemán, así como algunos modelos latinoamericanos para adoptar una filosofía propia del acceso al contencioso administrativo alejada del concepto de acto administrativo, sin embargo es importante destacar lo señalado por el **Magistrado Oscar González**

Camacho, miembro de la subcomisión redactora del proyecto de Ley, al momento de presentarlo a la Asamblea de Diputados: “Pues, muy bien, con esto hemos presentado, entonces, este proyecto que ustedes tienen ante sí señores diputados. Un proyecto que importa mucho señalar no es un proyecto de copia, no es una legislación importada a ciegas, no es una normativa a la española, ni a la alemana, ni a la italiana. Creemos que este es un producto nuestro hecho a la medida y a las necesidades propias de nuestro país. La importación a ciegas no nos parece un mecanismo viable y creemos que tenemos la suficiente trayectoria, la suficiente experiencia y perdóneme la inmodestia, la suficiente estatura jurídica a este estado de nuestro historia, como para presentar un proyecto ya en acogimiento de muchos de los criterios jurisdiccionales, y muchos de nuestros criterios jurisprudenciales y académicos en este sentido”.¹⁵⁹

La reforma, tal como lo documenta **Jiménez Meza**, tuvo su anclaje en el artículo 49 de la Constitución Política Costarricense¹⁶⁰, el cual luego de la reforma de 1963, que hace mención expresa de la protección de los intereses legítimos y los derechos subjetivos de los administrados, permitió un cambio de concepción del contencioso administrativo, que luego de un largo proceso de discusión y debate, terminó en 2008 con un Código Contencioso Administrativo que representa una clara superación del proceso contencioso administrativo objetivo, para la anulación de actos o disposiciones reglamentarias, transformando el proceso, en un mecanismo de garantías subjetivo, donde el “administrado pasa ahora a ser un verdadero ciudadano en el proceso, con técnicas e instituciones orientadas a la humanización y democratización judiciales que en modo alguno contradice, antes bien confirma y

¹⁵⁹ **Castillo Víquez**, Fernando y **Alvaro Quesada**, Esteban. Código Procesal Contencioso Administrativo, Anotado con las Actas Legislativas. Acta N°2 de 13 de octubre de 2004, Procuraduría General de la Nación, Costa Rica, 2009, p. 7

¹⁶⁰ El artículo 49 de la Constitución Costarricense expresa lo siguiente: “Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. **La ley protegerá al menos, los intereses legítimos y los derechos subjetivos de los administrados**” (Lo resaltado es nuestro). Antes de la reforma de este artículo, llevada a cabo por la ley 3124 de 25 de junio de 1963, tenía la siguiente redacción: “Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución o semiautónoma del Estado, actuando como persona de derecho público y en uso de sus facultades regladas”. **Jiménez Meza**, Manrique, dentro de la obra colectiva: El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, Costa Rica, 2006, p. 17-18.

corona, la satisfacción de los intereses públicos, entendidos como la suma coincidente de los intereses de los administrados, tal y como lo consagra el artículo 113 inciso 1) de la Ley General de Administración Pública”.¹⁶¹ Este cambio de mentalidad llevó a que el Capítulo II (Título IV), del Código Procesal Contencioso Administrativo Costarricense, de ahora en adelante (CPCA) tenga una denominación que representa con amplitud la filosofía que ahora encuadra el acceso al contencioso administrativo en Costa Rica. El Capítulo II del Título IV se denomina: “Conducta Administrativa Objeto del Proceso”, y el artículo 36 del CPCA señala expresamente que la pretensión administrativa será admisible respecto a lo siguiente:

- “a) Las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia, inexistencia o contenido.
- b) El control del ejercicio de la potestad administrativa.
- c) Los actos administrativos, ya sean finales, definitivos o de trámite con efecto propio.
- d) Las actuaciones materiales de la Administración Pública.
- e) Las conductas omisivas de la Administración Pública.
- f) Cualquier otra conducta sujeta al Derecho administrativo”.

Como se puede observar en esta norma, el acto administrativo dejó de ser el objeto fundamental de las pretensiones dentro del contencioso administrativo. Para explicar las razones de este cambio radical, **Jinesta Lobo** señala que la Ley del Régimen Jurídico de lo Contencioso Administrativo (LRJCA) de 1966 estableció, contrariando el espíritu de la reforma constitucional de 1963, una justicia de excepción, revisora y objetiva, que se ocupaba únicamente del control formal de las administraciones públicas (actos administrativos dictados previo procedimiento y por escrito) quedando al descubierto ámbitos exentos de control, tales como el de las actuaciones materiales, las omisiones, las relaciones jurídico-administrativas y cualquier conducta sujeta al Derecho Administrativo.¹⁶²

¹⁶¹ **Jiménez Meza**, Manrique, dentro de la obra colectiva: El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, Costa Rica, 2006, p. 17-18.

¹⁶² **Jinesta Lobo**, Ernesto. Manual del Proceso Contencioso-Administrativo. Editorial Ius Consultec S.A., San José, Costa Rica. 2009, p.127.

En Panamá, como lo veremos en el siguiente capítulo, a través de construcciones jurisprudenciales, se ha tratado de adaptar las normas obsoletas a las nuevas realidades, pero resulta necesario observar lo que está ocurriendo alrededor para entender que es necesario modernizar la normativa, de modo que no se deje solamente al criterio de los jueces, importantes decisiones sobre el acceso a la justicia administrativa.

Ahora resulta necesario analizar cada una de las “conductas administrativas y pretensiones” que pueden dar lugar al proceso contencioso administrativo en Costa Rica, a objeto de verificar cual es el papel que quedó ocupando dentro del mismo el acto administrativo. En este apartado, ante la falta de literatura jurídica que profundice sobre esta normativa, vamos a analizar fundamentalmente los planteamientos de **Jinesta Lobo**¹⁶³ y el contenido de las actas de discusión del proyecto de CPCA de 2008 en el parlamento, para entender lo que se perseguía con la introducción de cada una de las conductas y pretensiones objeto del proceso.

Sin embargo, antes de entrar al análisis del esquema de acceso al contencioso en la nueva Ley, es importante estudiar cómo estaba regulado el acceso al contencioso administrativo antes de la aprobación del CPCA. El citado autor señala que en el proyecto de reforma de la Constitución Costarricense, publicado en “La Gaceta” N°270 de 29 de noviembre de 1962, la Comisión Especial de reforma modificó el artículo 49 de la Constitución Política sustituyendo el concepto de “actuación administrativa” por el de “función administrativa”, el cual constituye un concepto dogmático que a su juicio es la “clave de bóveda del derecho administrativo”, porque permite que se amplíe enormemente el espectro de fiscalización de la Administración, siendo susceptibles de control, no sólo la actividad formal de la misma, sino también su actuación material o técnica, la inactividad formal y material, así como otras situaciones que pueden afectar derechos subjetivos. Igualmente sostiene, que la mencionada Comisión tuvo la prudencia y la previsión, a lo que yo agregaría, la visión, de introducir en cuanto al ámbito subjetivo de control, además de al Estado y sus instituciones, a “toda persona jurídica pública”, y lo que es más importante para efectos de nuestro estudio, le dio una nueva redacción a la última

¹⁶³ Ibidem 127-170, y en La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Editorial Guayacán, San José, Costa Rica, 1999, p. 17-80.

parte del párrafo segundo del proyecto relacionada con las materias que serían de conocimiento de la Justicia Administrativa, de la siguiente forma: "...y además de los derechos subjetivos de los administrados, la ley protegerá, cuando menos, sus intereses legítimos".

Las propuestas de la Comisión Especial, arriba citadas, fueron tomadas en cuenta y lo que parecía ser la base para el desarrollo de una legislación contencioso administrativa universal, plenaria y subjetiva, cuyo objeto fuere el control de la función administrativa, sin distinguir entre la actividad formal, la actuación material o técnica, y la actividad formal o material de la Administración, fueron ignoradas por el legislador de 1966, el cual se apartó manifiestamente del parámetro constitucional, y en el artículo 1 de dicha norma estableció lo siguiente: "Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de **conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo**" (lo resaltado es nuestro).

Con lo cual, indica **Jinesta Lobo**, de forma bastante crítica, se le otorgó a la jurisdicción contencioso administrativa costarricense, un carácter revisor, objetivo, que solamente permitía la impugnación de la actividad formal de la Administración cuando se enjuiciaba exclusivamente la disconformidad sustancial o no de un acto administrativo de efectos concretos o generales con el ordenamiento jurídico, lo que considera, puede tener una explicación histórica, tomando en cuenta la enorme influencia del contencioso francés en casi toda Europa, que llevó a los españoles a concebir una ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que tenía un carácter fundamentalmente revisor y objetivo (a pesar del desacuerdo de algunos autores con esta premisa, como pudimos observar en el título anterior), que llevó a los legisladores costarricenses de 1966 a implantar un modelo extranjero, sin cuestionarlo críticamente, sobre todo a la luz del artículo 49 de la Constitución recién reformada, que tenía un espíritu totalmente alejado a lo que expresa el artículo 1 de la Ley N°3667 de 12 de marzo de 1966.

Considera este autor, que a pesar que la jurisprudencia fue moldeando la Ley para acercarla al texto del artículo 49 de la Constitución a través de votos históricos¹⁶⁴, y la flexibilizó, al no limitar las potestades del órgano jurisdiccional solamente a la anulación del acto, sino que permitió ir más allá y dictar sentencias de condena, se hacía necesario ampliar el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, para que la justicia administrativa conociera sobre las diversas formas de la función administrativa y de las relaciones jurídico-administrativas, de las cuales se pueden derivar diferentes pretensiones, no solamente la impugnación y anulación de actos administrativos expresos o presuntos.

Es lo que **Jinesta Lobo**, citando a **De Roberto**¹⁶⁵ denominó como “la crisis del modelo impugnatorio-anulatorio”, donde el juez solamente tiene básicamente poderes de anulación. De modo que la tarea impostergable era adecuar la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa al parámetro constitucional para que no sólo la actividad formal expresa (V. gr. Actos administrativos unilaterales o de efectos concretos o generales o bilaterales – contratos administrativos) o presunta (V. gr. Silencio negativo) de la administración pública pueda ser objeto de impugnación, puesto que la función administrativa comprende además las actuaciones materiales de la Administración (V. gr. Vía de hecho, coacción directa y coacción anómala) la inactividad material (V. gr. La no prestación de un servicio público frente al derecho subjetivo perfecto del usuario a recibirlo) y la inactividad formal (V.gr. el no dictado de un acto administrativo favorable ante la correlativa situación jurídica sustancial del administrado que lo impone).

El nuevo proceso contencioso administrativo necesitaba superar las razones históricas que lo instituían como una revisión de actos formales y no como una jurisdicción sobre relaciones jurídicas y conflictos de intereses. Además, los poderes del juez contencioso administrativo requerían ser replanteados para que la tutela judicial efectiva quedara garantizada al permitirse de manera abierta, pretensiones de mera anulación, pretensiones de plena jurisdicción, propuestas de “lege ferenda” y pretensiones meramente declarativas y de condena, o prestacionales.

¹⁶⁴ Votos de la Sala Constitucional N°3095-94 de 3 de agosto de 1994, N°3035-96, 3036-96, 3037-96 y 3038-96, todos del 21 de junio de 1996.

¹⁶⁵ **De Roberto**, Alberto. Le misure cautelari nel giudizio amministrativo, Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, N°4, aprile 1987, p.222. Cit por Jinesta Lobo (1999), op cit, p. 61

En el cuadro (abajo) se puede observar de manera más gráfica, la redacción del artículo 49 de la Constitución Costarricense, la redacción que tenía el artículo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956, que tuvo influencia en la aprobación de la Ley costarricense de 1966, la redacción de la LJCA española de 1998 que superó el carácter revisor de la Ley de 1956, pero manteniendo el contencioso como un proceso que versa sobre las pretensiones existentes sobre actuaciones administrativas con la posibilidad de conocer de otras actuaciones y omisiones de la Administración, y la redacción propuesta en el CPCA de 2008 costarricense, que respeta el texto de la Constitución y le da forma.

Artículo 49 de la Constitución Costarricense	Artículo 1.1. de la LJCA española de 1956	Artículo 1, de la Ley 3667 de 12 de marzo de 1966.	Artículo 1.1. LJCA española de 1998	Artículo 1 del CPCA (Ley N°8508 de 24 de abril de 2006)
Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá al menos, los intereses legítimos y los derechos subjetivos de los administrados.	Artículo 1. 1. La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.	Artículo 1. 1. Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.	Artículo 1 1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.	Artículo 1.- 1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.

B. Las conductas administrativas objeto del proceso contencioso administrativo costarricense en el nuevo CPCA

1. Las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia, inexistencia o contenido

Jinesta Lobo, desarrolla en el Capítulo VI de su Manual del Proceso Contencioso Administrativo, el artículo 36 del CPCA arriba transcrito. En cuanto a las relaciones jurídico administrativas, expresa que a diferencia de la teoría de las formas de manifestación de la función administrativa – actividad formal, actuaciones materiales y omisiones -, la relación jurídico-administrativa es más “dinámica, flexible y abierta”, por lo que a través de este concepto además de acercar el Derecho Administrativo a los derechos contenidos en la Constitución, los administrados dejan de ser receptores subordinados de actos administrativos, convirtiéndose en verdaderos sujetos de derecho en un plano de igualdad con las administraciones públicas al participar de una relación jurídica administrativa con derechos y obligaciones recíprocos en la que están en posición de exigir una prestación.

Todo lo anterior, sostiene este autor, tiene efectos procesales muy importantes, en función a que da pie para concebir una jurisdicción subjetiva, ya que desde la perspectiva de las relaciones jurídico-administrativas se deben tomar en cuenta las diversas posiciones que asume el administrado como las que representa la Administración, para establecer el sistema de pretensiones deducibles, las cuales deben estar orientadas a restablecer o resarcir tales intereses o posiciones frente a la conducta administrativa que no esté conforme con el ordenamiento jurídico por acción u omisión.

Jiménez Meza por su parte, califica este concepto como innovador, desde el punto de vista de las limitaciones que anteriormente existían para acceder al contencioso administrativo, y sostiene que el mismo puede ser analizado desde dos perspectivas claramente diferenciadas que permiten entender mejor el alcance del concepto: “de un lado el enfoque objetivo de la relación interadministrativa y, del otro, el enfoque subjetivizante, en la relación de la Administración ante las situaciones jurídicas

protegidas de los ciudadanos, donde podría confirmarse la inmisión indebida de la Administración en los derechos subjetivos públicos o fundamentales del administrado, entre otros supuestos dignos de elaboración conceptual”.¹⁶⁶ Termina señalando, que en términos generales, en las relaciones jurídico administrativas, se confirma una dimensión bipolar que regula el derecho administrativo: por una parte se encuentran las obligaciones del poder público, y de otra parte, las situaciones jurídicas protegidas de las personas, que están compuestas por los intereses legítimos y derechos subjetivos que existen ante ese poder. La relación jurídica que exista entre ambas dimensiones, regulada por el derecho administrativo, es una relación jurídico-administrativa objeto de tutela.

Resulta interesante que se hayan colocado las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, o su inexistencia o contenido como la primera de las “conductas” objeto del proceso contencioso administrativo, y no los actos administrativos. Para entender mejor las razones que llevaron a introducir aquel concepto en el Código como piedra angular es necesario revisar la discusión legislativa que rodeo el proyecto de ley.

De acuerdo a las actas de discusión de la subcomisión legislativa que analizó el proyecto, en palabras del Magistrado **Oscar González Camacho**, el mismo gira en torno al concepto de relación jurídico-administrativa, lo cual permitiría que tuviese cabida un contencioso mixto, en donde el contencioso formal que descansa sobre la base de la existencia de actos administrativos o actos presuntos, tuvieran cabida junto con las demás vulneraciones de situaciones jurídicas o derechos subjetivos que se dieran en el marco de una relación jurídico-administrativa.¹⁶⁷

¹⁶⁶ **Jimenez Meza**, op. Cit., p. 50-55. A través de las relaciones administrativas subjetivizantes, “podría darse la intervención, con la confirmación del ejercicio de los derechos públicos subjetivos en la esfera de los derechos subjetivos públicos ciudadanos, en el correlato de la obligación ciudadana frente al poder de la Administración Pública, siendo que si la relación entre ambos, sea conflictiva o pacífica está regulada por el Derecho Administrativo, habría relación jurídica administrativa”.

¹⁶⁷ “La expresión relación jurídico administrativa, es de las más importantes, señores diputados, es de las más importante, porque todo el derecho administrativo gira, es esto, ¡no!, alrededor de la relación jurídico administrativa. Yo creo firmemente a manera de ejemplo, los conflictos competenciales con la jurisdicción contenciosa se han manejado de manera equivocada, porque si se enfocaran por el concepto relación jurídico administrativa encontraríamos un clarísimo, una clarísima respuesta para muchos conflictos...no tienen sentido. De más está decir que la relación jurídica administrativa ha sufrido una profunda transformación a nivel doctrinal y jurisprudencial, ya no se trata solo de una autoridad pública en un vértice de la relación bipolar, sino que hay relaciones jurídicas triangulares y multimodales en donde lo normal sigue siendo una obligación frente a un derecho. Ahí donde hay

Por otra parte, la colocación de las “relaciones sujetas al ordenamiento jurídico administrativo” en primer lugar en el artículo 36, conecta directamente este artículo con el enunciado del artículo 1 del CPCA, que señala que uno de los objetos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es “conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico administrativa”.

Adicionalmente, la norma prevé la posibilidad de que se pretenda la declaratoria de inexistencia de la relación jurídica, lo cual, como señala **Jiménez Meza**¹⁶⁸, puede darse por perjuicio de su constitución y ejecución continuada, o acaso, porque lo que se quiere es la declaratoria del contenido preciso de esa relación; sus fundamentos, fines y límites.

Ya analizamos las razones por las cuales se incluyó la relación jurídico administrativa como una de las conductas que permitiría solicitar el acceso al contencioso administrativo, sin embargo, de las explicaciones doctrinales expresadas no se desprende, una definición de este concepto que permita a los operadores jurídicos determinar cuando tienen en frente una “relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo”, un marco que limite la excesiva amplitud del concepto, de modo que pueda determinarse a su vez su existencia, inexistencia o contenido, para que la tutela judicial efectiva se vaya construyendo jurisprudencialmente con bases sólidas, alejada de cualquier interpretación antojadiza de los jueces.

derecho frente a obligación en un correlato, en donde encontramos bien en el derecho o en la obligación una administración pública y esa relación está sometida al Derecho Administrativo, no hay más que concluir que esto es una relación jurídico administrativa. Insisto, entonces, derecho versus interés un vértice de ello la ubicación de una autoridad pública sometida al derecho administrativo, esto nos da como producto una relación jurídica administrativa, que ha sufrido una gran transformación dando espacio ya no solo a los derechos subjetivos, sino a los intereses legítimos hoy por hoy podemos hablar con absoluta solidez de que existe también relación jurídica administrativa, allí donde hay interés frente a obligación. Por el avance del interés legítimo como situación jurídica sustancial. De modo que dejando de lado un desarrollo más amplio, la expresión de: relación jurídico administrativa, por amplia, por genérica, por técnica, es también una de las corporaciones que consideramos más importantes definitivamente en ese primer apartado del artículo primero. Que es normal que produzca atención, que es normal que nos produzca estas observaciones, porque alrededor de él gira posteriormente, todo el proyecto. En el momento en que lográsemos obtener consenso sobre este artículo primero, yo creo que ahí habríamos avanzado el 50% del proyecto que aquí se presenta...”.

¹⁶⁸ Op cit, p.55.

Al respecto, **Jinesta Lobo** señala que la relación jurídico-administrativa es “la que se establece, por lo menos, entre dos sujetos, en la cual existen en cabeza de los mismos, derechos y obligaciones correlativas”, y sostiene que en términos generales se pueden identificar dos grandes tipos de relaciones jurídico-administrativas:

1. Las que surgen o se concretan como consecuencia de una conducta o actuación administrativa que tienen su sustento en el ejercicio de una potestad administrativa de limitación o de gravamen, en cuyo caso el particular objeto de la limitación tiene frente a la actuación un derecho reaccional para remover el gravamen que se le impone.
2. Las que nacen del ejercicio, por el administrado, de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, frente al cual surge la obligación administrativa de otorgar una prestación. Son los que se denominan derechos prestacionales y habría que distinguir los que suponen una prestación obligada contenida en el ordenamiento jurídico, y las que suponen una potestad discrecional por parte de la Administración pública.

En ambos tipos de relaciones, los derechos subjetivos son de diferente naturaleza. En las primeras como lo señala **Jinesta Lobo**, la noción de derecho subjetivo está relativizada por la potestad administrativa que tiene el Estado que le permitiría limitarlos, mientras que en las segundas, la identificación del derecho subjetivo es más clara y palpable.

2. El control del ejercicio de la potestad administrativa

En las actas de la subcomisión legislativa, la discusión y análisis de este tema se centró fundamentalmente en la relación jurídico-administrativa y las conductas omisivas de la Administración, sin embargo, al analizarse el literal f del artículo 42 del proyecto de Ley, se dio un amplio debate sobre el control de las potestades discrecionales de la Administración. El literal señalado está redactado de la siguiente forma:

Artículo 42:

- 1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.
- 2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:
 - a)...
 - b)...
 - f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, **para el ejercicio de la potestad administrativa.**

En la discusión en sede legislativa, no se cuestionó que se controlara el ejercicio de las potestades administrativas, bajo el entendimiento de que estaban incluidas tanto las potestades regladas como las discrecionales, y que ambas son manifestaciones de la función administrativa, por lo que el enunciado es cónsono con el artículo 49 de la constitución costarricense. Sin embargo si se cuestionó por parte de los representantes de la Procuraduría de la Nación, la posibilidad de que los jueces contencioso administrativos tuviesen el poder de decidir sobre las pretensiones en relación con la fijación de los límites y reglas para el ejercicio de las potestades discrecionales.

3. Los actos administrativos, ya sean finales, definitivos o de trámite, con efecto propio

Como se observa en el artículo 36, literal c), El acto administrativo en el CPCA pasa a ser una más de las conductas administrativas demandables, y contra la cual cabe también una amplitud de pretensiones al amparo del artículo 42 del CPCA, aunque sabemos que la impugnación y anulación del mismo con la correspondiente restitución del derecho vulnerado y la solución indemnizatoria seguirán siendo el conjunto de pretensiones más habituales que giran en torno a la impugnación de un acto administrativo definitivo o de trámite con efecto propio.

El CPCA no define que es un acto administrativo, pero tal y como lo analizamos en el primer capítulo de esta investigación. la Ley General de Administración Pública Costarricense de 1978 si los clasifica y les otorga valor, lo que viene a representar

una descripción beneficiosa para el entendimiento por parte de los operadores jurídicos y los administrados, sobre cuándo debe entenderse que se está frente a un acto administrativo con las consecuencias jurídicas que acarrea su emisión.

Una regulación muy escueta de los efectos de los actos preparatorios con efectos propios, se puede observar en el artículo 163 de la Ley General de Administración Pública Costarricense (Ley 6227 de 1978) la cual contempla el mecanismo de impugnación en la vía administrativa de los actos preparatorios e indica que estos se deberán impugnar conjuntamente con el acto definitivo, salvo que dichos actos sean a su vez actos con efecto propio, concepto que no es definido en la norma, pero se deben entender como tales, los que tienen el mismo efecto de los actos finales, ya que deciden el fondo del asunto o impiden que continúe.

En las actas de discusión del nuevo CPCA, este tema generó un gran debate, partiendo de que en el artículo 2, ya se menciona expresamente, que “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá lo siguiente: a) La materia de contratación administrativa, **incluso los actos preparatorios, con efecto propio**, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica”. (Lo resaltado es nuestro).

Respecto a este tema, se sostuvo, que es positivo que se tomen en cuenta en materia de contratación administrativa la posibilidad de impugnación de actos preparatorios de la decisión final que tienen efectos propios, los cuales están bastante bien delimitados, en respaldo de muchas tesis que apoyan su impugnación de forma separada, porque precisamente tiene un efecto propio, que puede sacar del juego a un competidor. Lo mismo para el caso de las objeciones al cartel (pliego de cargos o pliegos de condiciones en otros países) ya que define los términos en que se va a seleccionar al contratista.

Volviendo al artículo 36 c), en las actas de discusión del proyecto de Ley, se observa la preocupación de la Procuradora General de la República, quien manifestó que hay que delimitar claramente el tema de los actos administrativos con efecto propio y su posibilidad de impugnación ya que hay que “entender un poco a la Administración, hay que dejarla funcionar también, ya que si cada acto preparatorio, aún sin tener

efecto propio va a poder ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, no puede la Administración funcionar”.¹⁶⁹ En consecuencia, se propuso una correcta racionalización de este numeral, para que se garantice que el acto preparatorio tenga realmente el efecto propio que se propone.

4. Las actuaciones materiales de la Administración Pública

Esta conducta objeto del contencioso administrativo, no generó mayor discusión dentro de la comisión de reformas. Ya había un reconocimiento de la existencia de actos formales y materiales, los cuales son constitutivos de las vías de hecho, y ya contaban con un cauce procedimental dentro de la anterior ley reguladora de lo contencioso administrativo, donde tampoco era necesario agotar la vía administrativa, y estaban también reguladas, como bien lo recuerda **Rojas Franco**,¹⁷⁰ en el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública, previo a la derogatoria de dicha norma por parte del artículo 200 del CPCA de 2006.

5. Las conductas omisivas de la Administración Pública

La mayoría de los redactores del proyecto de ley que se convirtió en el CPCA coinciden en que la inclusión de las conductas omisivas como objeto del proceso era fundamental para la consolidación del contencioso subjetivo y su completa adaptación a la Constitución Política. **Aldo Milano** calificó la inclusión como “trascendental en el sentido de que introduce la posibilidad de formular pretensiones de naturaleza positiva, de tipo prestacional, y relacionadas con omisiones de la Administración”¹⁷¹, mientras que **Jinesta Lobo**, considera que el artículo 36 “es quizás una de las columnas vertebrales del proyecto” y que el control universal o plenario de las distintas manifestaciones de la función administrativa pasa por el reconocimiento de que las administraciones públicas no sólo se manifiestan a través de actos formales, que es la concepción decimonónica del derecho administrativo y

¹⁶⁹ Licda. **Ana Lorena Brenes Esquivel**, Procuradora General de la República. Acta N°6 de 10 de noviembre de 2004, publicada dentro del Código Procesal Contencioso-Administrativo Anotado con las Actas Legislativas. **Castillo Viquez y Alvarado Quesada**, op cit. p. 52.

¹⁷⁰ **Rojas Franco**, Enrique. Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. Editorama S.A., San José, Costa Rica, 2008, p. 111.

¹⁷¹ Acta N°13 de 30 de marzo de 2005, dentro del Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado, op cit. p. 220.

del control administrativo, sino que se nos manifiestan también a través de omisiones o de conductas omisivas que son de una gran relevancia en el marco de un Estado social y democrático de derecho, donde el ciudadano espera una serie de prestaciones de carácter positivo, con el objetivo de tener un nivel de vida mínimo y digno.¹⁷² Por otra parte, fue el Magistrado **González Camacho**, quien le colocó el detalle final al literal del artículo, cuando solicitó que se modificara la frase “omisiones administrativas”, por “conductas omisivas”, para que fuere más coherente con todo el espíritu de la reforma relacionada con la superación definitiva del carácter revisor de actos administrativos de la legislación derogada.

Como complemento, señala **Rojas Franco**¹⁷³, que este literal no puede leerse de forma aislada, sino con relación al artículo 42 g) (pretensión de condena), el artículo 118 (procedimiento previo a la sentencia en caso de conductas omisivas), el artículo 122 g) (pronunciamiento de condena de la sentencia), y desde luego al artículo 35 que señala el procedimiento si el interesado desea requerir a la Administración frente a la conducta omisiva o prefiere acudir directamente a la vía jurisdiccional.¹⁷⁴ Todos estos artículos permiten que el objeto del proceso y la pretensión, no se conviertan en ilusorios, sino que realmente representen una alternativa frente a la anterior situación que obligaba a fabricar el acto a través del silencio administrativo y a impugnar y solicitar la anulación del mismo.

¹⁷² Ibídem, p. 221-222.

¹⁷³ Ibídem.

¹⁷⁴ En este sentido es necesario aclarar que el artículo 35 establece una opción para el afectado con la conducta omisiva: “1). Cuando se impugne una conducta omisiva de la Administración Pública, el interesado podrá requerir, al órgano o el ente respectivo para que en el plazo de quince días, adopte la conducta debida. Si transcurrido dicho plazo la omisión persiste, quedará expedita la vía administrativa. 2). De haberse acudido directamente a la vía jurisdiccional, el juez o el Tribunal concederá, al jerarca supremo de la entidad o el órgano competente, un plazo de quince días hábiles, con suspensión del proceso, para que cumplimente la conducta debida....”, mientras que el artículo 118, contempla facultades del Juez contencioso antes de emitir su decisión: “1) Cuando se trate de procesos cuya pretensión esté relacionada con conductas omisivas de la Administración, el juez tramitador, una vez evaluada interlocutoriamente la demanda, ponderado su eventual fundamento, a solicitud de parte o de oficio, podrá instar a la Administración demandada para que verifique la conducta requerida en la demanda y otorgarle un plazo de cinco días para que alegue cuanto estime oportuno. 2) Si, transcurrido dicho plazo, la Administración manifiesta su conformidad en verificar la conducta, el Tribunal, sin más trámite, dictará sentencia conforme a las pretensiones de la parte actora, sin especial condenatoria en costas, salvo si ello, supone una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, dictará la sentencia que estime conforme a derecho. En caso de especial complejidad, cuando sea previsible la inexistencia de los recursos materiales necesarios para la adopción de la conducta, o los recursos financieros necesarios no estén disponibles, en la sentencia se valorará tal circunstancia para otorgar un plazo, a fin de cumplir la conducta respectiva, la cual no excederá del ejercicio presupuestario anual siguiente. 3) Si, dentro del plazo indicado en el primer párrafo, la Administración no contesta o se manifiesta contraria a realizar la conducta requerida, el proceso continuará su trámite normal”.

6. Cualquier otra conducta sujeta al derecho administrativo

Este literal, que representa una válvula de escape o el cajón de sastre donde al parecer caben todas las conductas residuales, fue ampliamente discutido por la Comisión Redactora del CPCA. **Jinesta Lobo**, señala que además de ser una fórmula residual, es una “cláusula abierta sumamente interesante, puesto que contribuye notablemente, al carácter plenario y universal de la justicia administrativa, evitando cualquier reducto exento de control de legalidad”, y agrega, que dejar esta puerta abierta tiene una “potencialidad aplicativa hacia futuro”, en virtud de la evolución dogmática que pueda tener el derecho administrativo.¹⁷⁵ Sostiene que este literal encaja con la competencia prevista en el artículo 2 literal e) del CPCA cuando le reconoce competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, para conocer de “las conductas o relaciones regidas por el Derecho Público, aunque provengan de personas privadas o sean estas sus partes”, ya que aquí lo importante es que la conducta esté sujeta al Derecho Administrativo.

En las actas de discusión del Proyecto de Ley, junto con las explicaciones o más bien justificaciones¹⁷⁶ de la amplitud del literal e) del artículo 36, surgieron dudas sobre su real alcance práctico en la actualidad, más allá de su aplicación a futuro y de no cerrar espacios a otras formas en las que se pueda manifestar una conducta administrativa. En este sentido la representante de la Procuraduría, solicitó se le aclarara la duda sobre si la Administración podría al momento de presentar una demanda contra una actuación de un administrado con el que mantiene una relación contractual, obviar el proceso de lesividad o puede sobre la base del literal f), demandar una omisión o actuación material de los administrados, lo cual generó un debate sobre si la norma tenía este alcance. En opinión del comisionado **González Camacho**, quien invitó a recordar que se trata de un Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, y este último está referido a aquellos aspectos donde haya que

¹⁷⁵ Véase **Jinesta Lobo**, op cit., p. 142-143.

¹⁷⁶ **Aldo Milano** respecto a este literal sostuvo, que “es una especie de cláusula abierta para no mantener una restricción, sino para restablecer una apertura a que cualquier conducta del Derecho Administrativo, que no esté incluida dentro de las anteriores, queda siempre sujeta a un control de legalidad. De modo que con esto se empieza a poner los puntos sobre las íes en la transformación que se quiere introducir, de un proceso objetivo al acto a un proceso mixto, como ha dicho don **Óscar González**, porque tampoco es que se pasa a un proceso subjetivo puro, sino que se mantienen las pretensiones del proceso objetivo”. Op cit., p. 219.

discutir actuaciones del privado, procesos del orden civil con la Administración que incluyen, no solamente lo patrimonial, lo dinerario, sino actuaciones propias del particular, y entre los ejemplos, se identificó, la autorización o suspensión inmediata de una conducta renuente a un particular para dar acceso público a su inmueble a fin de hacer reparaciones importantes para la colectividad, o de paralizar algunas actuaciones dañosas para la propia Administración.

Todo este esquema, como lo documenta **Jiménez Meza** al desarrollar el tratamiento de los intereses legítimos y los derechos subjetivos en la doctrina comparada, viene de la evolución del Contencioso Francés, y los más recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, de la constante evolución de la doctrina italiana representada por Zanobini, Garbagnati, Alessi y Guicciardi, y de la doctrina Alemana, de la cual toma gran parte de la esencia de la reforma llevada a cabo.

En un artículo publicado en la Revista de Derecho Público, en su edición de enero-diciembre de 2008, titulado: “la perspectiva alemana sobre el acceso a la justicia en la vía contencioso-administrativa y el derecho a un proceso con todas las garantías” de **Sven Müller-Grune**¹⁷⁷, se desarrolla cómo el acceso a la justicia administrativa en Alemania sobre la base de la tutela judicial efectiva tiene su claro punto de partida en la Constitución, tal como se concibió el modelo adoptado por Costa Rica.

C. Un nuevo abanico de pretensiones

Tal como lo ha sostenido **Guasp**, la pretensión tiene como finalidad brindar coherencia y unidad a todo el Derecho Procesal, el cual llegó a definir como un instrumento de satisfacción de pretensiones. Para este autor la pretensión es un concepto que agota todo el ámbito objetivo del proceso, es la causa de éste, y el proceso no puede ser definido sin acudir a la idea de pretensión.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Artículo basado en conferencia pronunciada por el autor en el marco de un Congreso organizado conjuntamente con la Fundación Konrad Adenauer (Oficina México D.F) y la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 19 de octubre de 2008 sobre el tema: “Tendencias y Proyecciones del Derecho Administrativo en Latinoamérica”. La traducción del texto fue realizada por la Dra. María Ángeles Martín Vida, LLM.

¹⁷⁸ **Guasp Delgado**, Jaime, “Pretensión Procesal, Madrid, Editorial Civitas S.A., 2da edición 1985, p. 44. Cit. por **Jinesta Lobo** dentro de la obra colectiva: El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, op cit., p. 223.

De manera que la pretensión le da coherencia al proceso, tiene que ser consecuente al objeto del mismo, y especialmente en materia contencioso administrativa, donde para que el sistema de tutela de derechos e intereses legítimos realmente funcione tiene que haber una relación directa entre el abanico de pretensiones y el objeto del proceso.

En este sentido, las conductas administrativas objeto del proceso contencioso administrativo desarrolladas en el artículo 36 del CPCA costarricense, necesitan de diferentes tipos de pretensiones para que realmente se logre el objetivo tutelador, y se supere de manera efectiva el carácter revisor y el modelo impugnatorio-anulatorio de actos o actuaciones y disposiciones de la Administración que imperaba hasta antes de la reforma.

Jinesta Lobo, señala que en el CPCA de 2006 no se estableció un elenco taxativo de pretensiones deducibles a pesar de la numeración de su artículo 42, ya que se puede observar con claridad en dicho artículo que se hace la salvedad de que el demandante “podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso” y a renglón seguido se orienta al demandante sobre un menú de pretensiones de donde podrá escoger la que más se acomoda a la conducta administrativa que considera ilegal o violatoria de sus derechos subjetivos.¹⁷⁹

¹⁷⁹ **“CAPÍTULO III. PRETENSIONES DE LAS PARTES**

Artículo 42.-

- 1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.
- 2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:
 - a) La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas.
 - b) La anulación total o parcial de la conducta administrativa.
 - c) La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa.
 - d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.
 - e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.
 - f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa.
 - g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.
 - h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo.
 - i) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.
 - j) La condena al pago de daños y perjuicios.

Siguiendo con este análisis, el mencionado autor identifica la tipología existente en la doctrina para identificar las diferentes clases de pretensiones en los procesos de cognición o declarativos, a objeto de verificar si en el listado del artículo 42 se tomaron en cuenta los diferentes tipos (declarativas, constitutivas, de condena y mixtas).¹⁸⁰

De esta forma, las pretensiones contenidas en el literal **a** (**La declaración de la desconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas**) y en el **b** (**La anulación total o parcial de la conducta administrativa**) serían pretensiones meramente declarativas tendientes a erradicar una situación de inseguridad jurídica.

La contenida en el literal **c** (**La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa**)¹⁸¹ tendría un carácter predominantemente constitutivo,

¹⁸⁰ “a) Declarativas: Están destinadas a satisfacer situaciones jurídicas sustanciales a través de su declaración, constatación o fijación, eliminando cualquier estado de inseguridad para evitar, así, pretensiones de condena futuras.

b) Constitutivas: Orientadas a crear, modificar, o extinguir una situación jurídica.

c) Condena: Su objetivo es imponer una situación jurídica, a través de la imposición al demandado (sujeto pasivo) de obligaciones de hacer, no hacer o de dar.

d) Mixtas. Combinan las anteriores, debe señalarse que en la práctica las pretensiones no son formuladas de manera químicamente pura, de modo que lo normal es que asuman un carácter mixto.”

Jinesta Lobo. Manual... Op.cit., p. 152.

¹⁸¹ En el Acta N°2 de 13 de octubre de 2004, respecto a las nuevas posibilidades de modificación de la conducta administrativa el Magistrado **Oscar González Camacho** señaló lo siguiente: “... Incluso se introduce en el proyecto las denominadas pretensiones modificativas, en las que ya jurisprudencialmente ha habido algún avance. Estas ya no sólo son las que condenan a la administración a hacer o a dar algo en específico, sino que las modifican. Quizás, sea conveniente que me explique con un ejemplo, opera mucho en materia disciplinaria o sancionatoria, no confundir sancionatorio con disciplinario, hay una relación de género a especie. Puede ocurrir que el funcionario incurra en una falta que amerite sanción, pero que el ente un órgano sancionador se excedió en la sanción dispuesta. Entonces, nos enfrentamos a un proceso muy particular en que la limitación de nuestro ordenamiento vigente nos deja sólo una salida y vean que grave como no son construcciones teóricas, soy muy insistente en esto. Porque tenemos que unir la ciencia, la verdadera ciencia jurídica y la discusión doctrinal con la práctica, sino, no hacemos absolutamente nada. Esa distinción clásica de que la teoría es una cosa y la práctica es otra, a mí me parece que tiene un desacierto fatal...Pues, les decía, antes de perderme más que...en las pretensiones modificativas. En esa sanción nos enfrentaríamos en el sistema actual a dos posibilidades o anulamos o dejamos al funcionario sin sanción o confirmamos y le dejamos los dos años de sanción, exagero, por haber llegado tarde este mes. Bueno, esa es la distinción o esa es la opción que tenemos en este momento o confirma o anula no tiene más. La Jurisprudencia ha comenzado con alguna timidez, pero ha comenzado con algunas redacciones un poco particulares del Tribunal Contencioso y de la Sala, que comienza ya a entronizar el tema a aplicar las sentencias modificativas a una adecuación racional y razonable por demás proporcional y justa de los que es la sanción debida. Bueno, mire, este señor no lo podemos sancionar con dos años, porque la falta realmente no amerita para esto. Pero, si es cierto que hay una falta, de modo tal que modulamos la sanción a determinado rango. Veán que, ya aquí si es un avance de suyo importante, ya no sólo estamos, entonces anulando, ya no sólo estamos permitiendo pretensiones, condenas indemnizatorias, que

porque eventualmente con la sentencia se constituiría una nueva situación jurídica, pero también puede alcanzar una connotación de condena si se solicita la modificación o adaptación de la conducta, lo que implica a su vez una obligación de hacer, no hacer o de dar, lo cual no necesariamente exige anular o eliminar del mundo jurídico la conducta irregular. Lo anterior sería perfectamente funcional para el control de las potestades discrecionales solicitando por ejemplo que se adecuen a principios como el de proporcionalidad.

En el literal **d**, (**posibilidad de solicitar el reconocimiento, restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello**) se trataría de una pretensión de naturaleza mixta, ya que el restablecimiento de la situación jurídica lesionada puede lograrse mediante la imposición de una obligación de hacer o de dar, pero también se hace referencia a la declaración de una situación jurídica lo que incluiría una pretensión de condena de carácter declarativo.

El literal **e** (**La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico**) sería de naturaleza declarativa porque persigue, entre otras cosas, el reconocimiento de un conjunto de obligaciones y derechos correlativos que vinculan a las partes de la relación jurídica.

En cuanto al literal **f** (**Fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa**) este establecería una pretensión de condena dirigida a colocar en sus correctos límites a una potestad que tiene un margen de discrecionalidad.

son a lo que nos limitamos. No sólo estamos permitiendo condenas de dar, de hacer o no hacer, sino que también estamos permitiendo pretensiones y condenas también en esta línea. Una línea en donde se reafirma lo que ya la Constitución dispone y la ley dispone, como es el control de la discrecionalidad administrativa. Y en esto no hay innovación ninguna, en esto simplemente estamos reafirmando lo que la Constitución y la ley disponen. Parecen olvidar aquellos que adversan el control de la discrecionalidad, la reforma del 49, del artículo 49 en su momento oportuno, que quiso expresamente en el constituyente derivado dar entrada al control de la discrecionalidad. **Castillo Víquez**, Fernando y **Alvaro Quesada**, Esteban., op cit., p. 14-15

En el literal **g**, (**Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico**) se expresa una pretensión de condena, una obligación de hacer, a llevar a cabo una actuación positiva o a prestar un servicio público a un ente frente a una omisión, lo cual considera **Jinesta Lobo**, es indispensable para hacer realidad los conceptos de administración prestacional y Estado social y democrático de derecho. Se trata de la pretensión prestacional o de condena a un acto.

En el literal **h** (**La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo**) se trataría de una pretensión mixta, declarativa y de condena, mientras que en el literal **i** (**Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona**) se haría un matiz, ya que podría tratarse de una pretensión de condena, pero inhibitoria, al exigirse una obligación de no hacer, para evitar que se consume o agrave la situación antijurídica, que como lo destaca el autor, no necesariamente puede afectar un interés personal, sino de la colectividad.

Y en último lugar, el literal **j** (**La condena al pago de daños y perjuicios**) que conlleva una pretensión directa de condena a indemnizar mediante dar o entregar una suma de dinero en función del daño causado que sea reconocido en el proceso.¹⁸²

Como se puede observar, el CPCA costarricense ha incluido toda una variedad de posibilidades para que el afectado/a pueda atacar una conducta administrativa, y acabar con la incoherencia del proceso administrativo que no permitía con anterioridad, como lo han sostenido los autores consultados; por trabas procesales e rezagos históricos, la protección real de los derechos subjetivos y los intereses legítimos.

¹⁸² Véase **Jinesta Lobo**. Manual... Op cit., p. 152-159.

En este sentido, tomando en cuenta la situación del proceso contencioso administrativo en Panamá, concordamos con **Mora Espinoza**, cuando en su obra “El Deber de Hacer de la Administración”, señala que la pretensión debe ser determinante para acceder a la jurisdicción basada en las actuaciones (en su concepción genérica, aclara) ya se trate de actuaciones constitutivas, de acciones de hacer o de no hacer, ya que formalmente cuando la Administración no actúa, el particular no tiene ni siquiera una respuesta o resolución negativa¹⁸³. De hecho, sostiene, que “aun cuando existiese la posibilidad de que del petitum del administrado ante inactividades, se pudiera derivar un efecto de silencio administrativo o como acto presunto mediante el cual se derivara una resolución administrativa, la trascendencia para la esfera jurídica de los derechos e intereses del administrado sería casi nula, en virtud de que aún cuando se contara con el acto que reconozca el derecho al sujeto, éste hasta tanto se concrete y se materialice no deja de ser una pura ficción del derecho y por tanto vulneratorio de las garantías constitucionales que el mismo sistema obra”.¹⁸⁴

D. El nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo y su acogida en la jurisprudencia

Ante la falta de doctrina que sirva para debatir sobre los avances que se han dado en la práctica con el nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo en Costa Rica, vamos a analizar los resultados obtenidos de la mano de la jurisprudencia, a través del tratamiento que le han brindado, luego de seis (6) años de aplicación de las nuevas reglas, las sentencias de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a las demandas contra las nuevas conductas de la Administración que ahora son expresamente objeto del contencioso administrativo, y el nuevo abanico de pretensiones llamadas a satisfacer las demandas contra las irregularidades

¹⁸³ Señala el autor, que este planteamiento lo hacía hace varias décadas **Alejandro Nieto** (En Revista de Administración Pública número 37, enero-abril de 1962), cuando señalaba que “el dogma siempre fue el considerar que si la Administración dejaba de actuar, qué acto se iba a revisar, de que iba a reclamar el particular, llegando a la conclusión, que hoy día debe permitir una reforma sustancial de los postulados de accesibilidad a la vía jurisdiccional”. **Mora Espinoza**, Álvaro. “El Deber de Hacer de la Administración”. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2009, p.136.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 137.

cometidas por la Administración, violatorias de derechos subjetivos o desconocedoras de intereses legítimos.

Vamos a comenzar verificando el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el numeral 1, del artículo 1 del nuevo CPCA¹⁸⁵, el cual contiene el desarrollo legislativo del artículo 49 de la Constitución Costarricense, y representa en parte la esencia de la reforma llevada a cabo en materia de acceso al contencioso administrativo y superación del carácter revisor de actos y disposiciones administrativas contenido en la norma reguladora anterior, tal como expresamente se señaló en la Resolución N°00380-2009 de las 9:00 horas del 20 de abril de 2009.¹⁸⁶

Es necesario recordar, que este artículo está dentro del capítulo I del CPCA denominado: “Naturaleza, Extensión y Límites de la Jurisdicción Administrativa”, por lo que su contenido sirve de orientación respecto a las dudas sobre si la situación o conducta administrativa es o no competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, a pesar de que el artículo 2 señala expresamente el ámbito competencial (o más bien lo amplía, respecto al objeto indicado en el artículo 1 y el artículo 3, el cual indica las pretensiones sobre las cuales “no conocerá” dicha jurisdicción. De hecho el literal a) del artículo 3 señalaba entre estas pretensiones: “Las relaciones con la conducta de la Administración Pública en materia de relaciones de empleo público, las cuales serán de conocimiento de la jurisdicción laboral”, lo cual fue declarado inconstitucional mediante sentencia

¹⁸⁵ “Artículo 1.-

1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa”.

¹⁸⁶ “Mediante el CPCA, Ley 8508, se realizó una reforma sustancial al proceso contencioso-administrativo, a efectos de ajustarlo a las necesidades actuales de los justiciables y concretar en esta jurisdicción los principios de tutela efectiva, a tono con el Derecho de la Constitución. Se pasa de un sistema preeminentemente objetivo regulado por la ya derogada ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (en la cual, en ciertos escenarios, se tutelaba la situación jurídica subjetiva, como lo es el caso del ordinal 24 de dicho cuerpo normativo), a un proceso de naturaleza mixta, que si bien no abandona el control objetivo (pues ejerce control de legalidad sobre la función administrativa), incorpora dentro de su espectro de cobertura una tutela de las situaciones jurídicas y en general de las relaciones jurídico administrativas, incorporando así la dimensión subjetiva de la justicia administrativa. Esto se corresponde a plenitud con lo preceptuado por el numeral 49 de la Carta Magna. En efecto dentro del control de la legalidad referido, el objeto de análisis no será ya solo un acto, como mera manifestación formal de poder público, sino el funcionamiento administrativo, concepto cuya amplitud comprende cualquier forma de manifestación de la conducta administrativa, sea formal o material y desde luego, activa u omisiva”.

N°9928-2010 de las 15:00 horas del 9 de junio de 2010, en gran medida por ir en contra del artículo 49 de la Constitución, y consecuentemente del enunciado del artículo 1 del CPCA que fija la jurisdicción plena de lo contencioso administrativo y civil de hacienda cuando se trata de conductas administrativas que afecten derechos subjetivos e intereses legítimos.

En este sentido es muy clarificadora la Sentencia 00107 de 23 de enero de 2014 de la Sala Primera de la Corte, la cual conoce del caso en virtud de que la entidad demandada (Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo) opuso excepción de falta de competencia¹⁸⁷ y el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, mediante Resolución N°1523 de las 11 horas 15 minutos del 29 de julio de 2013, la declaro sin lugar. La Sala en su análisis, recordó la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 3 del CPCA, destacando la tesis de que en principio, los conflictos jurisdiccionales surgidos en el seno del empleo público han de ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa pero con matizaciones, ya que la Sala Constitucional “a fin de encausar de una manera más diáfana las líneas generales para la resolución de conflictos competenciales que surjan en este campo, acordes con el desarrollo jurisprudencial que vaya adoptando esta Sala Primera”, sostuvo que el pronunciamiento se debe asentar sobre cuatro principios: Tutela judicial efectiva, control universal de la conducta administrativa, sometimiento del Estado al Derecho y una nueva concepción de la distribución de funciones. Dicha sentencia reconoce que hay una reserva constitucional de competencia para la Jurisdicción Contencioso Administrativa que sirve como guía interpretativa par cualquier operador jurídico y que **toda relación jurídico-**

¹⁸⁷ Los actores presentaron proceso de conocimiento contra el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU), peticionando entre otras pretensiones que se declarase: “1. Que la Administración actuó de forma prematura al ordenar un procedimiento disciplinario contra nosotros, toda vez que al momento en que lo inició, no se había comprobado que hubiésemos faltado a nuestros deberes como funcionarios públicos. 2. Que la Administración no tenía evidencia ninguna de que hubiésemos incurrido en una conducta reñida con los deberes funcionales ni que faltáramos a la ética, probidad y moralidad que deben prevalecer en la función pública. 3.- Que los actores no cometimos ninguna falta a nuestros deberes funcionales-éticos ni morales en el cumplimiento del cargo público que ostentamos en la estructura de la demanda. 4.-Que el procedimiento administrativo desarrollado estuvo plagado de nulidades absolutas entre las que se pueden señalar (sin ánimo de exhaustividad) las siguientes: a) Se nos notificó la apertura del procedimiento dos años y dos meses después de que la Administración fue erráticamente conminada a iniciar una investigación administrativa por supuestos incumplimientos contractuales de la empresa, que no fueron, a juicio de la Administración, advertidos por nosotros. Esa omisión es suficiente para declarar la nulidad de todo lo actuado atendiendo lo resuelto por la reiterada jurisprudencia que impone el plazo de un mes para iniciar la investigación o para dictar el acto final una vez finalizada esta...”.

administrativa y cualquier cuestionamiento sobre una conducta de esta índole, es “resorte exclusivo de la Jurisdicción Contenciosa”. La Sala Constitucional dio por sentado que la relación jurídica de empleo público es de carácter público, aunque existan algunas excepciones¹⁸⁸, lo cual confirma la Sala Primera en este caso, al señalar en la parte final de la sentencia objeto de análisis, que “las conductas acusadas se encuentran dentro de los supuestos incorporados en los artículos 1 y 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), en los que se desarrolla el ámbito de significación del concepto de función administrativa”, motivo por el cual consideró la Sala que el asunto corresponde a la jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda.¹⁸⁹

Con relación a la tutela de las “situaciones jurídicas de toda persona” de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, es simbólica la sentencia N°00102 de 23 de enero de 2014 emitida por la Sala Primera de la Corte, que aunque también dilucidó un tema competencial sobre la base fundamentalmente del numeral 1, del artículo 1 del CPCA, la decisión se enfocó en los derechos del demandado, quien

¹⁸⁸ “La sentencia constitucional afina la definición concreta de los conflictos jurisdiccionales de empleo público en dos ejes fundamentales: 1) el régimen jurídico aplicable a dicha relación, de modo que para un primer acercamiento a la jurisdicción contencioso administrativa es imprescindible la existencia previa (a modo de presupuesto o sustrato) de una relación jurídico administrativa, representada en este caso, por aquella que nace del empleo público. Dicho de otro modo, la existencia de una relación jurídico administrativa, valga decir, de empleo regido por el derecho público, se constituye en presupuesto imprescindible para atribuir la competencia del asunto al Contencioso Administrativo. Si la naturaleza de dicha relación no es tal (administrativa), o el empleado de referencia, no participa de las condiciones funcionariales (por su condición, su función o su incidencia en la gestión pública), el asunto habrá de ser conocido por la jurisdicción laboral. 2) Una vez superado el primer requisito, se erige un segundo, que con mayor precisión define la vía jurisdiccional encargada de conocer el conflicto planteado. Se trata del contenido material de la pretensión. Será éste, el que a modo de brújula, defina el norte que deba seguir el proceso para efectos competenciales. **Bajo esta perspectiva, se puede señalar como regla general primaria que, todo conflicto de la Administración Pública en el que se ventile o discuta sobre una conducta administrativa derivada de una relación de empleo público (y por ende, de relación jurídico administrativa vinculada con la gestión pública), ha de ser conocida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante lo anterior, de la misma resolución de cita se obtiene que, si la pretensión no está dirigida al cuestionamiento o impugnación directo de dicha relación jurídica o de alguna de sus manifestaciones en ejercicio de poder público,** el asunto debe residenciarse en la jurisdicción laboral. De esta forma, las pretensiones relativas a la seguridad social, pese a la base jurídica subyacente que pueda existir, han de ser conocidas por la Jurisdicción de Trabajo.” (Lo subrayado es nuestro).

¹⁸⁹ En este mismo sentido puede verse la Sentencia 00104 de 23 de enero de 2014 de las 10:20 a.m. de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, y Sentencia 00106 de 23 de enero de 2014 a las 10:30 a.m. de la Sala Primera de la Corte.

rechazó el incidente de falta de competencia y el traslado del caso a la jurisdicción laboral.

En el caso aquí examinado, el señor Monge Ocampo dirigió su demanda contra la Caja Costarricense de la Seguridad Social, señalando una serie de vicios que, según su criterio tuvieron lugar en el procedimiento administrativo sancionatorio al que se le sometió, por un supuesto acoso sexual en contra de la Técnica Karen Vargas. El demandado solicitó la nulidad absoluta del procedimiento administrativo y la nulidad absoluta de los actos administrativos DRSSRHN-1238-10 del 26 de abril del 2010, CIPA-1555-10, del oficio de las 11:30 horas del 17 de agosto del 2010 del órgano Director del expediente 080-10 de la comparecencia realizada ante el CIPA en todas sus etapas, del acto final contenido en el acto administrativo del 19 de julio de 2011 de la Dirección del Laboratorio Clínico del Hospital de Los Chiles.

La Sala aclaró que cuando el que acude a la tutela jurisdiccional es el presunto responsable de la conducta de acoso sexual que combate el procedimiento administrativo tramitado en su contra y/o la sanción que se le ha impuesto, su pretensión se dirige contra actuaciones administrativas que estima, le afectaron sus derechos subjetivos o intereses legítimos, ya sea porque se violentó su derecho al debido proceso, se le aplicó una sanción a pesar de que no se comprobó la existencia del acoso sexual, o las actuaciones administrativas le pudieron haber causado alguna afectación que no tenía por qué soportar, por lo que se trata entonces de típicas pretensiones de carácter contencioso administrativo que deben ser conocidas en esa vía, como se deriva el artículo 49 de la Constitución Política y de los numerales 1, 2 y 5 del CPCA. En consecuencia, concluye la sentencia, que aunque el motivo por el cual inició el procedimiento administrativo sancionatorio en contra del acto sea una denuncia por acoso sexual, lo que interesa observar, es que en definitiva, sus pretensiones se dirigen en contra de actuaciones administrativas que asevera son contrarias al bloque de legalidad y afectan sus derechos subjetivos e intereses legítimos, lo que hace que este proceso sea de carácter contencioso administrativo, por lo que debe ser conocido por esta sede jurisdiccional sin perjuicio de que dadas las pretensiones, el Tribunal Contencioso Administrativo integre a la supuesta víctima al proceso, con el fin de que a su vez pueda ejercer plenamente sus derechos y presente las pruebas desestimatorias que estime pertinentes.

Con relación al artículo 36, nos vamos a concentrar en las decisiones jurisprudenciales emitidas respecto a los literales a), e) y f), por representar no solo innovaciones respecto al ordenamiento jurídico anterior, sino también objetos del proceso distintos al acto administrativo formal o el silencio administrativo, cuyo control, como ya fue expuesto, se encuentra contemplado en el literal c) de este artículo donde se incluyen, además de los actos administrativos finales y definitivos, los actos de trámite con efecto propio, como uno más de los objetos del proceso contencioso administrativo.

1. Artículo 36 a) Las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia, inexistencia o contenido

El artículo 36 a) señala que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda, será admisible respecto a “las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como su existencia, inexistencia o contenido”. Lo cual se conecta con el artículo 42 y la posibilidad de formular pretensiones conforme al objeto del proceso, en este caso, la posibilidad de solicitar como lo señala el artículo 42.2).a): “la declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas”, o como lo permite el literal e), de forma más específica, solicitar “la declaración de existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo”.

En demanda contencioso administrativa contra la Caja Costarricense de la Seguridad Social, Alfredo Zárate Angulo, Antonio David Esquivel Salas, Carlos Manuel Jiménez y otros, señalaron ser ex muelleros de Limón y Moín, e indicaron que la Administración Portuaria de la Vertiente Atlántica, el 26 de octubre de 1995, puso en práctica la apertura de las estibadoras sin ningún estudio socioeconómico que determinara a que sector iba a favorecer y a cuales desfavorecer, pasando de tres compañías estibadoras (COOPEUTBA, ESTIBA S.A. y CADESA S.A.) a 15 compañías estibadoras, con lo que se ocasionó el despido masivo de estibadores, muelleros y trabajadores, que perdieron sus prestaciones, ahorros y fondos especiales y quedaron sin poder optar a una pensión de la Caja del Seguro Social

(CCSS), lo cual generó una daño social grave para dos mil muelleros, por lo que solicitaron: “1- Pedimos a su despacho que se condene al Estado al pago de treinta millones¹⁹⁰ por cada uno de nosotros, como indemnización por daños, social, económico y moral, pues todos fuimos víctimas de la conducta irresponsable del Estado costarricense, al dejarnos en el desamparo, sin trabajo y con nuestras familias al garete. 2. Asimismo pedimos que se condene a la Caja Costarricense del Seguro Social al pago de pensiones dignas, pues la caja fue responsable por omisión al no hacer el cobro de las cuotas obrero patronales, con lo cual contribuyó también a nuestra desgracia”.

El Procurador de Hacienda opuso la excepción de falta de competencia en razón de la materia, al considerar que las pretensiones de este asunto son de índole laboral, por derivarse de una relación estrictamente de esa naturaleza. El Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, mediante resolución no. 1985-2013 de las 10 horas 15 minutos del 20 de setiembre de 2013, la declaró sin lugar, por lo que la Procuraduría planteó su inconformidad, ante la Sala Primera.

Dicha Sala declaró que el conocimiento del proceso corresponde al Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José en virtud de que en este caso, en el marco de las pretensiones se observó, que el caso versa sobre una eventual condena al Estado en carácter de daños y perjuicios por las acciones que se dice emprendió para la apertura de operación de empresas estibadoras en los muelles de Limón y Moín en 1995, que ocasionó que las tres compañías que prestaban ese servicio en ese momento cancelaran sus labores, abandonando a sus trabajadores y en consecuencia, generando desempleo; aunado al hecho que se indica, de que no pagaron los extremos laborales que les correspondían a los actores. Por otra parte, se demanda a la Caja Costarricense del Seguros Social, por omisión en el cobro a las compañías estibadoras donde laboraron. En ese sentido, indicó la Sala Primera, de conformidad con el artículo 49 Constitucional, que dispone a la jurisdicción Contencioso Administrativa para garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y en amparo y protección de derechos subjetivos y los intereses

¹⁹⁰ Alrededor de 54,500.00 dólares americanos o 42,000.00 euros en 2013.

legítimos de los actores, determinó que este asunto debe continuar siendo de conocimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativa, incluso en lo concerniente al no pago de extremos laborales, en el tanto el artículo 43 del Código Procesal Contencioso Administrativo, permite por fuero de atracción de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conocer aspectos jurídico-públicos, y también, como derivación de éstos extremos que en puridad, puedan calificarse de laborales.

En este caso, como se puede observar, la Sala declaró su competencia para conocer de la demanda reconociendo la existencia de una relación jurídico-administrativa citando el artículo 36 del CPCA como parte de los argumentos para asumir la competencia sobre la misma.

En otra sentencia, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, (N°00043 de 24 de marzo de 2014 a las 2:00 p.m.) se debatió sobre la cosa juzgada material producto de una sentencia emitida por la Sala Constitucional. La abogada del ente local demandado, Explicó que los hechos que se discuten en este proceso ya habían sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema (No.2013-003576, de las 9 horas 5 minutos del 15 de marzo de 2013). Sostuvo que, entonces, al haberse resuelto en sede constitucional el fondo de lo planteado, se presenta la identidad de partes, causa y objeto necesaria para que se acoja la defensa de cosa juzgada material. El Tribunal estimó que la referida excepción debía ser objeto de rechazo, entre otras razones, porque consideró que deben tenerse presente que los componentes que se juzgaron en aquella sede (en general, reclamos de constitucionalidad) son diferentes a los que aquí se reclaman y sobre los cuales recaerá el examen de legalidad ya que a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (artículo 49 de la Constitución Política), se le confirió como competencia el garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, sus instituciones y de toda otra entidad de Derecho Público, dado que la ley debe proteger, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados (*en igual sentido, artículo 1 del CPCA*). Así, aunque garantizar en vía contencioso administrativa el cumplimiento del principio de legalidad, debido proceso y derecho de defensa incluye necesariamente al Derecho de la Constitución; garantizar el principio de supremacía constitucional en la

Jurisdicción prevista en los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, no implica ni conlleva revisar si, de acuerdo con el marco de legalidad aplicable a cada caso, corresponde reconocer, restablecer o declarar la existencia, inexistencia o contenido, de una situación jurídica o de una relación sujeta al ordenamiento jurídico administrativo, a efecto de tutelar un derecho subjetivo o un interés legítimo. En consecuencia, no es posible sostener, que las competencias entre ambas jurisdicciones sean concurrentes, pues el hecho de que en algunos supuestos exista identidad material de las conductas objeto de los procesos que se tramitan en ambas jurisdicciones, no supone asimilar el objeto que se persigue en cada una de éstas.

2. Artículo 36 e) Las conductas omisivas de la Administración Pública

No obstante el cambio de esquema total observado, donde se percibe la mayor innovación del CPCA es en el tratamiento de las conductas omisivas,¹⁹¹ como objeto del proceso contencioso administrativo tal como expresamente lo señala el literal e) del artículo 36. En este sentido, la jurisprudencia, desde el año 2009 ha emitido una gran cantidad de dictámenes que han ido moldeando el objetivo perseguido con la normativa, ese control pleno de la conducta y la función administrativa, así como la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos y los intereses legítimos.

Vamos a proceder a analizar decisiones jurisprudenciales que consideramos representativas, tanto en materia de control de la inactividad formal, como de la inactividad material de la Administración, que en esencia es el corazón de la reforma efectuada en aras de superar el carácter revisor de actos administrativos, tanto formales como presuntos y el carácter impugnatorio-anulatorio del sistema.

¹⁹¹ Don **Oscar González Camacho** en las actas de discusión del proyecto de CPCA señaló que “los españoles hablan de actuación, a mí particularmente me resulta insuficiente la expresión actuación. Actuación alude a esa manifestación activa, a ese hacer, solamente hacer...aunque ellos han interpretado la actuación en forma muy amplia, pero han tenido que hacer una interpretación forzada, han dado espacio a las actuaciones, dicen ellos omisivas, yo creo que ahí queda en evidencia la contradicción como una actuación omisiva. De allí que la Comisión trabajó muy fuerte en el concepto: de conducta, que a mí particularmente siempre me había gustado y finalmente este es para mí satisfacción desde luego, el vocablo que se propone. De más está decir que conducta cubre cualquier manifestación de la Administración Pública, cubre las actuaciones, cubre los actos, las disposiciones generales, por tanto los reglamentos, cubre las vías de hecho, las actuaciones materias antijurídicas desde luego, si es que se trata. Y ese amplio abanico de omisiones tanto en el ámbito formal, la omisión formal, jurídico-formal, como la omisión, jurídico-material”.

Al analizar la inactividad formal o material y su tratamiento en el CPCA, **Jinesta Lobo** recuerda que la división en este tema, está representada por estas dos grandes categorías que a su vez tienen toda una serie de subtipos, y que en la práctica pueden presentarse situaciones mixtas o complejas en que concorra una omisión formal con una material o viceversa.

Este autor define las omisiones administrativas, como “el incumplimiento por la administración pública de una obligación administrativa preexistente, impuesta por el ordenamiento jurídico, que le produce una lesión antijurídica al administrado o al interés público, por lo que representa una disfunción administrativa que debe ser objeto de control y fiscalización jurisdiccional para superar sus efectos antijurídicos”.¹⁹²

a. Inactividad formal vs material en la jurisprudencia

Las omisiones, como ya mencionamos pueden constituirse en inactividad formal o material. La primera, siguiendo a **Nieto**, citado por **Jinesta Lobo**¹⁹³ es la que “se produce en el seno de un procedimiento administrativo en el cual el administrado ha requerido el dictado de un acto administrativo. Esa petición formal, nunca obtiene respuesta o se responde con silencio. Su tratamiento legal es el del silencio

¹⁹² Según este autor, (El Nuevo Proceso...op cit) la inactividad de la Administración Pública se manifiesta de distintas y variadas maneras: “a) La no producción de un acto administrativo formal, esta variante se aproxima un poco a la inactividad formal. Se produce cuando la Administración Pública incumple su obligación de dictar un acto administrativo. En este supuesto, se plantean dos opciones para solventar la situación: a) Que la Administración Pública dicte directamente el acto omitido, b) Que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa le ordene dictarlo (con o sin criterio de contenido).

b) la inactividad de la Administración en el dictado de normas o disposiciones generales, sobre todo cuando la ley le ordena o autoriza a la Administración Pública dictar un reglamento ejecutivo. Si la Administración Pública no emite el reglamento, la ley no puede producir efecto alguno e, incluso, puede llegar al extremo de extinguirse la voluntad legislativa y, eventualmente, se pueden quebrantar las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, derivas de la ley.

c) La inactividad de la Administración Pública en la creación de órganos imprescindibles para el cumplimiento de tareas que la ley les ha encomendado.

d) La inactividad en la prestación de servicios públicos, es decir, la no realización material de prestaciones comprometidas en el servicio.

e) El no ejercicio, por parte de la Administración Pública, de las acciones correspondientes para la defensa de los derechos e intereses que tiene encomendados.

f) La inactividad en la fase de ejecución de sentencias.

¹⁹³ **Nieto**, Alejandro. La inactividad de la administración y el recurso contencioso administrativo. Revista de Administración Pública, N°37, enero-abril 1962, y del mismo autor: La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. Documentación Administrativa, N°208, abril-diciembre, 1986, pp.11-64.

administrativo, positivo y negativo, por lo que el legislador procura reconvertir este tipo de inactividad material en formal, mediante la ficción del acto presunto”. **Gómez Puente**, va más allá, considerando que este tipo de inactividad formal “se traduce en la falta de emisión por la administración pública de una declaración de efectos jurídicos que resulta legalmente debida”, y que este tipo de inactividad se divide en formal normativa, que incluye la inactividad reglamentaria, y la formal singular o procedimental la cual ocurre “cuando la administración pública no emite una declaración de voluntad, juicio o conocimiento que resulta a tenor del ordenamiento jurídico obligatoria, en ejercicio de una potestad distinta de la reglamentaria”¹⁹⁴. **Jinesta Lobo**, considera que la técnica de reconversión de una omisión en un acto denegatorio presunto por silencio administrativo se justifica en el contexto de una jurisdicción contencioso administrativa revisora u objetiva, ya que ante una jurisdicción plenaria y universal, como la concebida en el CPCA, la reconversión deja de tener importancia o relevancia, debido a que la omisión es impugnabile por sí misma a través de una pretensión de condena y el eventual dictado de una sentencia de la misma naturaleza que obligue a la emisión de un acto, en el caso de potestades regladas, o a observar ciertos límites en el caso de actos con elementos discrecionales.

Respecto a la inactividad material, para **Gómez Puente**, esta se traduce en una omisión administrativa de una actividad técnica o material de transcendencia externa, por lo que se puede subdividir en inejecución material de los actos administrativos; inejecución material de sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa; inactividad prestacional e inactividad funcional.¹⁹⁵

Una vez hecho este breve comentario doctrinal, (en el capítulo primero se puede también observar un análisis sobre la inactividad de la Administración) resulta necesario verificar cuales son los criterios que ha adoptado la jurisprudencia costarricense sobre la inactividad, antes de adentrarnos en el análisis jurisprudencial sobre las conductas omisivas.

¹⁹⁴ Adicionalmente a estas incluye la Inactividad formal convencional y la inactividad en el ejercicio de acciones procesales de titularidad administrativa. **Gómez Puente**, Marcos, cit. por **Jinesta Lobo** (El Nuevo Proceso...), op cit., p.219-220

¹⁹⁵ Ibídem, p. 221-222. Alejandro Nieto, divide la inactividad material en negativa, donde incluye la jurídica equiparable a la inactividad reglamentaria, que Gómez Puente incluye dentro de la inactividad formal.

De las sentencias revisadas, la N°01367 de 18 de octubre de 2012 emitida por la Sala Primera de la Corte ofrece bastantes luces al respecto: “En la actualidad es pacíficamente aceptado que la conducta administrativa abarca no solo el comportamiento activo de la Administración (y dentro de él, el acto administrativo) sino además, la conducta omisiva, ese “no hacer” que se ha dado en llamar inactividad de la Administración, tanto en su vertiente formal (en la medida en que se revierte en un acto presunto por silencio administrativo) como material (referida básicamente al ámbito prestacional de la organización administrativa). De esta manera, ha de entenderse la inactividad material administrativa como aquella derivada de la omisión en el cumplimiento de una obligación jurídica preestablecida, que se produce cuando, fuera de un procedimiento administrativo, la Administración incumple, por omisión, una obligación impuesta por el Ordenamiento Jurídico o por cualquier otro mecanismo de autovinculación, como es el caso de un acto propio o de los instrumentos consensuales, con lesión directa de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, ya sea que altere o no una relación jurídico-administrativa preexistente. Más simple, hay inactividad de este tipo cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por una previa decisión suya, fuera o dentro de un procedimiento administrativo, no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a buen término la función otorgada, con detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos, ya sean privados o públicos, individuales o colectivos. Se trata de esa “culpa in ommittendo” en la que se incumple por inacción el deber funcional de actuar. De más está decir, que la indolencia administrativa puede producir (y de hecho produce) más graves lesiones que la propia actuación limitativa del órgano o ente público. De ahí que, ha de afirmarse de manera contundente (con fundamento y de acuerdo con lo dicho en considerandos anteriores) que la Administración Pública también es responsable por los daños y perjuicios ocasionados con su inactividad administrativa”.

Tomando en cuenta este criterio jurisprudencial, la inactividad reglamentaria entraría dentro de la inactividad material de la Administración. Sin embargo, en la sentencia de 17 de febrero de 2014, que analizamos abajo, se observa otro criterio para determinar cuando estamos frente a inactividad formal o material de la

Administración: "...En desarrollo de lo enunciado, en lo que concierne al análisis o control de la conducta omisiva, resulta necesario distinguir la diversidad de los supuestos en los que se puede dar. En lo concerniente a la **inactividad formal** o **conducta omisiva formal**, está referida a la falta de declaración de voluntad, juicio o conocimiento con ocasión de una gestión formulada por un administrado, con la consecuente ausencia del ejercicio de una competencia o potestad pública, respecto de una situación jurídica singular. Así, se puede dar por el no inicio del procedimiento administrativo, por la no tramitación o instrucción de una gestión, o su no resolución, que puede generar la caducidad o el no dictado del acto final o definitivo, que a su vez generaría el silencio negativo (acto presunto). Pero también la omisión formal comprende la falta a la obligación impuesta por el ordenamiento jurídico de emitir disposiciones reglamentarias, cuando hay previsión de norma constitucional o legal al respecto; así como a la inactividad formal convencional, referida a la no suscripción de contratos, bilaterales o plurilaterales y con ello se afecte el interés público o de los concesionarios y, finalmente a la inactividad en el ejercicio de acciones procesales de titularidad administrativa, esto es, cuando la Administración no plantea los procesos y pretensiones que puede deducir, en tutela de bienes e intereses públicos, como sería el supuesto de que la entidad pública encargada de la administración de un bien de dominio público en concreto, no formule la acción procesal correspondiente frente a una situación de amenaza o riesgo sobre el mismo. Por su parte, la inactividad material está referida a la omisión de las administraciones públicas de realizar alguna actividad técnica o material de trascendencia externa, que comprende el ejercicio de funciones o potestades públicas (como por ejemplo, las referidas a acciones de control y fiscalización o de seguridad), la ejecución de actos administrativos favorables o la prestación de servicios públicos debidos".

Como se puede observar, al parecer no hay unidad jurisprudencial respecto a lo que debe entenderse como actividad formal o material, lo cierto, es que como señala **Jinesta Lobo**, en una gran cantidad de casos, se mezclan los dos tipos de inactividades.

b. Control de la inactividad formal y material

Sobre la tutela de la inactividad, la sentencia de 17 de febrero de 2014 emitida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo sección VI a las 3:20 horas, representa una muestra clara del nuevo tratamiento que reciben las demandas contra las conductas omisivas de la Administración en el nuevo sistema.

El objeto de la demanda contencioso administrativa contra el Ministerio de Salud, presentada el 27 de abril de 2012, es la conducta omisiva de esta dependencia, con ocasión de una denuncia que a la fecha de la presentación de la demanda no había sido resuelta. Dicha denuncia se interpuso el 6 de junio de 2011, aportándose la muestra del producto (refresco tropical de frutas mixtas) que contenía un cuerpo extraño en su interior, a la cual se le sacó fotografías, que constan en el expediente administrativo. El recurrente señaló, que no obstante haber instado en varias oportunidades sobre la urgencia y necesidad de que se realizaran las correspondientes pruebas de laboratorio, en enero de 2012, sin ninguna advertencia previa, se le comunicó que las mismas habían sido desechadas, en aplicación a la costumbre y del numeral 350 de la Ley General de Salud¹⁹⁶. El demandante indicó que esta circunstancia lo dejó en absoluta indefensión, “al negarle el derecho de resolución y pronta respuesta”, ya que no se le dio respuesta oportuna a su gestión en relación a la denuncia de un producto evidentemente contaminado, siendo una burla lo resuelto por la Administración dado que nunca se determinó el contenido real del cuerpo extraño de la botella del refresco de tropical de frutas mixtas que dejó en custodia de la Administración; lo anterior con fundamento en los postulados de la Constitución Política, Ley General de Salud y Ley General de la Administración Pública, al tenor de los cuales obligan a la Administración a atender las quejas presentadas por los administrados, darles el trámite correspondiente y a determinar la verdad real de los hechos denunciados, así como informarles de los resultados de la investigación, y más concretamente en relación con el Ministerio de Salud, a establecer las medidas correspondientes y pertinentes a fin de proteger la salud de

¹⁹⁶ El artículo 350 de la Ley General de Salud de Costa Rica señala lo siguiente. “Los funcionarios del Ministerio y los Inspectores de Cuarentena Agropecuaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería, debidamente identificados, ciñéndose a las normas administrativas y operaciones vigentes y tratando, en todo caso, de evitar perjuicio o molestias innecesarias, podrán retirar de los lugares inspeccionados las muestras necesarias, bajo recibo, para el control del cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y de sus reglamentos”.

los habitantes de la Nación¹⁹⁷. Por ello concluye que hubo omisión de parte del Ministerio de Salud en relación con las funciones y competencias asignadas –de tutela de la salud pública–, siendo que con la actuación y trámite desplegado para atender a su denuncia, no se le dio respuesta ni se solventó el problema planteado, ya que la misma no fue célere, ni diligente, lo que a todas luces se constituye en una conducta omisiva de su parte.

Con fundamento en lo anterior, formuló las siguientes pretensiones de orden declarativo: “2.- Que se declare que la conducta omisiva del Ministerio de Salud, es contraria a las funciones que le han sido asignadas en protección de la salud de los nacionales. 3.- Que se declare que corresponde al Ministerio de Salud atender las quejas de los administrados, ante los riesgos que puedan presentarse a la salud de los administrados, y adoptar y ejecutar medidas a fin de garantizar la Salud (sic) pública, función que omitió esa dependencia estatal. 4.-Que habiendo gestionado oportunamente, con la aportación de la prueba correspondiente por parte del administrado, se ordene al Ministerio de Salud proceder a resolver la queja que se tramita mediante el Expediente No. 30012, emitiendo la resolución fundamentada de lo que se puso en conocimiento”. Además, con base en el anterior marco, hace

¹⁹⁷ En defensa de su posición, la Ministra de Salud dictó el oficio DM-RM-2059-2012, del veinte de agosto de ese mismo año –hecho probado 15.)–, en que puso en conocimiento del denunciante (señor Alpízar Quesada) del resultado de la inspección de campo en la empresa Productora Florida Bebidas Sociedad Anónima, para lo cual transcribió el informe rendido en oficio CN-ARS-BF-883-2011, del diecinueve de setiembre del dos mil once –hecho probado 9.)–; y le indicó que las muestras por él aportadas habían sido desechadas, al tenor de lo dispuesto en el numeral 350 de la Ley General de Salud, y agregó al respecto, “*De ahí que al no constituir plena prueba la muestra aportada, la misma se desecha*”; motivo por el cual, “*Al no existir evidencia sobre el contenido del producto alimenticio por usted adquirido y que aquí nos ocupa y dadas las explicaciones brindadas por el representante de Productora La Florida S.A. así como de la inspección físico sanitaria realizada a esta empresa, lo procedente es archivar su denuncia en lo que respecta al producto indicado y a su proceso de producción*”; y finalmente consignó que estaba pendiente la inspección físico sanitaria del local comercial en el que había comprado el producto en cuestión, lo que le sería comunicado en los días próximos. Consecuentemente, la indicada Ministra ordenó la inspección físico sanitaria del local comercial donde presuntamente el actor compró la botella de refresco tropical de frutas mixtas, con un cuerpo extraño visible en su interior, lo que dio como resultado el oficio HA-ARS-G-0627-2012, del veinticuatro de agosto del dos mil doce, del Área Rectora de Salud de Guácimo –hecho probado 16.)– y que concluyó con el cumplimiento de la normativa que regula ese tipo de establecimientos, así como de la vigencia del permiso sanitario de salud de ese local; en razón de lo cual, la misma funcionaria, suscribió el oficio DM-RM-2132-2012, cinco de setiembre del año dos mil doce –hecho probado 17.)–, en que puso en conocimiento del señor Alpízar Quesada del informe de la inspección físico-sanitaria del local “*Bar y Restaurante Rancho Manú*”, en razón de lo cual dispuso “*..., habiendo concluido las autoridades de salud de Guácimo que el local por usted denunciado cumple con las condiciones físico sanitarias para funcionar, lo procedente es archivar su denuncia con respecto al citado establecimiento comercial.*” Tales probanzas fueron aportadas por la representación estatal con la contestación de la demanda, y es con fundamento en ellas, que se alegó la satisfacción extraprocesal en relación con la acusada conducta omisiva.

un reclamo indemnizatorio, que determinó en dos ámbitos, el primero, referido al agravio personal por él sufrido, quien gestionó de manera oportuna ante el Ministerio de Salud en procura de una respuesta satisfactoria en protección de la salud nacional, pero se vio burlado con el sistema, en razón de que se le dio una respuesta que además de tardía es impropia, ya que no se investigó, ni se atendió adecuadamente la queja por él presentada, al haber desechado –sin explicación previa– las muestras que aportó; circunstancia que impidió responsabilizar a quien produce productos de consumo masivo a nivel nacional; daño moral subjetivo que determinó en la suma de cinco millones de colones¹⁹⁸; y en segundo lugar, reclamó un daño material, por la suma de trescientos mil colones, referido a los gastos legales para atender la gestión administrativa. Finalmente pidió la correspondiente condena en costas al Estado.

El Tribunal procedió a hacer un análisis doctrinal sobre el objeto justiciable en este caso producto del reconocimiento la competencia plenaria y universal de la jurisdicción contencioso administrativa, donde resalta el reconocimiento por parte de la jurisprudencia de la “pretensión prestacional” cuya consecuencia inmediata es la condena a la Administración de hacer o cumplir la conducta omitida¹⁹⁹. Sobre la

¹⁹⁸ Alrededor de 9,000.00 dólares americanos o 7,000.00 euros en 2014.

¹⁹⁹ “**Primero:** Esta Jurisdicción revisa la conducta del Estado en su conjunto, esto es, comprende a los tres Poderes de la República y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen función materialmente administrativa; así como la emanada de las entidades descentralizadas institucionales (instituciones autónomas) y por el territorio (municipalidades) y demás instituciones del Derecho Público. **Segundo:** La Jurisdicción Contencioso Administrativa está referida a la revisión de la legalidad de **todas las manifestaciones de la conducta de la Administración Pública**, comprendiendo así, **la formal**, relativa a la adopción de actos administrativos (tanto del acto final –en atención a la no necesidad de la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, salvo en lo concerniente al régimen impugnativo en el ámbito municipal y de contratación administrativa– como del definitivo) o de actos de carácter general y/o normativo (directrices y/o reglamentos); **la material**, consistente en la prestación de servicios públicos, ejecución de actos, coacción anómala (actuaciones en situaciones de emergencia y urgencia declarada) y vías de hecho; y finalmente, la denominada **disfunción administrativa o conducta omisiva**, tanto formal (relativa a la omisión de resolución en tiempo de gestiones y recursos, y que ha generado la formulación en doctrina del instituto del acto presunto por el que se configuran el silencio positivo o negativo); como la material, esto es la concerniente a la no prestación de servicios públicos. Este concepto se complementa con el de “*la relación jurídica-administrativa*”, en tanto tutela todas las situaciones jurídicas de los administrados, reguladas por el Derecho Administrativo... **Cuarto:** En desarrollo de lo enunciado, en lo que concierne al análisis o control de la conducta omisiva, resulta necesario distinguir la diversidad de los supuestos en los que se puede dar. En lo concerniente a la **inactividad formal o conducta omisiva formal**, está referida a la falta de declaración de voluntad, juicio o conocimiento con ocasión de una gestión formulada por un administrado, con la consecuente ausencia del ejercicio de una competencia o potestad pública, respecto de una situación jurídica singular. Así, se puede dar por el no inicio del procedimiento administrativo, por la no tramitación o instrucción de una gestión, o su no resolución, que puede generar la caducidad o el no dictado del acto final o definitivo, que a su vez generaría el silencio negativo (acto presunto). Pero también la omisión formal comprende la falta a la

base de la omisión demandada y las pretensiones aducidas, el Tribunal procedió a realizar una serie de consideraciones relacionadas con la obligación del Ministerio de Salud de velar por la salud de la población, enumerando todos los artículos de la Ley de Salud que regulan la seguridad de los alimentos de consumo humano, entre ellos el artículo 202, que señala expresamente cuando debe considerarse que un alimento está contaminado.²⁰⁰ Aunado a lo anterior, el Tribunal señaló que en principio, no está prohibido que sobre la base de la normativa mencionada, el Ministerio realice evaluaciones de laboratorio de muestras aportadas por los administrados con ocasión de las denuncias formuladas, para lo cual debe contar con laboratorios oficiales, los cuales fijarán las normas y pautas mínimas para los procedimientos técnicos a los que deben ceñirse los laboratorios clínicos y bromatológicos del país, y fijar “las normas y procedimientos mínimos para asegurar una toma de muestras correcta, pudiendo rechazar toda muestra que se les someta

obligación impuesta por el ordenamiento jurídico de emitir disposiciones reglamentarias, cuando hay previsión de norma constitucional o legal al respecto; así como a la inactividad formal convencional, referida a la no suscripción de contratos, bilaterales o plurilaterales y con ello se afecte el interés público o de los concesionarios y, finalmente a la inactividad en el ejercicio de acciones procesales de titularidad administrativa, esto es, cuando la Administración no plantea los procesos y pretensiones que puede deducir, en tutela de bienes e intereses públicos, como sería el supuesto de que la entidad pública encargada de la administración de un bien de dominio público en concreto, no formule la acción procesal correspondiente frente a una situación de amenaza o riesgo sobre el mismo. Por su parte, la inactividad material está referida a la omisión de las administraciones públicas de realizar alguna actividad técnica o material de trascendencia externa, que comprende el ejercicio de funciones o potestades públicas (como por ejemplo, las referidas a acciones de control y fiscalización o de seguridad), la ejecución de actos administrativos favorables o la prestación de servicios públicos debidos. Ahora bien, cabe considerar que tratándose de la impugnación de conducta omisiva, el Código que regula esta Jurisdicción prevé su conocimiento y análisis en un proceso contencioso, pero por la particularidad de la situación también prevé otros trámites diferenciados. Así, ante la omisión de la Administración de ejecutar un acto administrativo firme y favorable, resulta posible atender la situación a través de gestión planteada al efecto, pero ante el Juez Ejecutor contencioso administrativo, en los términos previstos en el numeral 176 del citado código de rito. Asimismo, al tenor de las consideraciones dadas en la sentencia número 2008-5322, de las dieciséis horas cuatro minutos del nueve de abril del dos mil ocho de la Sala Constitucional, ésta “*diseñó*” un proceso contencioso “*especial*”, denominado “*amparo de legalidad*”, en tanto incorporó elementos procesales propios de los recursos de amparo contenidos en la Ley de la Jurisdicción Constitucional –como informalidad y no requerimiento de asistencia de letrado del actor. **Quinto:** Lógicamente que tratándose del control de legalidad de esta forma de manifestación de la función administrativa –sea la conducta omisiva–, verificada la omisión acusada, esto es, la no realización de la conducta (formal o material) impuesta por el ordenamiento jurídico (en el sentido explicado anteriormente, sea sobre la base del bloque de legalidad o de juridicidad), la consecuencia inmediata es la condena a la Administración de hacer o cumplir la conducta omitida, conforme a la previsión del inciso g) del artículo 122 del Código Procesal Contencioso Administrativo, lo que en doctrina se ha denominado como “*pretensión prestacional*”.

²⁰⁰ “**ARTICULO 202.-** Se considera alimento contaminado, para los efectos legales y reglamentarios, aquel que contenga microorganismos patógenos, toxinas o impurezas de origen orgánico o mineral repulsivas, inconvenientes o nocivas para la salud. Se presumirá contaminado el alimento que sea producto de una elaboración, envase o manipulación realizados en condiciones sanitarias defectuosas o en contravención a las disposiciones legales o reglamentarias”.

para su análisis si ésta no diere seguridad de su calidad o fuere insuficiente para practicar el análisis o si se hubiere tomado en disconformidad a las normas técnicas”.

En consecuencia, el Tribunal consideró que el Ministerio de Salud es el competente para atender denuncias para garantizar la salud pública con ocasión de alimentos posiblemente adulterados, deteriorados, contaminados, adulterados o falsificados, lo cual puede hacerse de manera directa, in situ, por el funcionario respectivo, o por denuncia o queja, por lo que nada excluye que se puedan recibir las muestras que aporte el denunciante o quejoso, e incorporarlas como parte de la materia de estudio técnico que habrá de realizarse, por lo que en este sentido lleva razón el accionante en su reclamo. Una vez definida la competencia, el Tribunal recordó que ante una denuncia planteada por un administrado, esto debe generar una serie de acciones y trámites para resolverla, función que debe realizarse conforme a las previsiones del ordenamiento jurídico, y que no basta con que la Administración brinde cualquier respuesta, sino que la misma debe ser conforme al mandato establecido en la norma en protocolos previamente definidos, y en este caso, ha quedado acreditado, que “en este asunto hubo una actuación retardada y no oportuna de parte del Ministerio de Salud”,²⁰¹ además de que el manejo de las

²⁰¹ “Nótese que la fecha de interposición es importante, por cuanto lo fue con anterioridad al vencimiento del producto adquirido por el actor con un visible cuerpo extraño en su interior, cuya muestra dejó en custodia de las oficinas administrativas, siendo que claramente en su tapa se leía con absoluta claridad la fecha de caducidad, sea el quince de julio siguiente y el lote de producción al que correspondía (291923) –hecho probado 5)–. Sin embargo, se le notificó a la empresa productora (Florida Bebidas Sociedad Anónima) de la denuncia formulada en su contra, con posterioridad a esa fecha de vencimiento, como lo expresó en nota fechada del doce de setiembre del dos mil once el Gerente de Producción de esa empresa –hecho probado 8.)– y de igual manera, la inspección que realizaron los inspectores del Ministerio en esa empresa, lo fue hasta el dieciséis de setiembre siguiente –hecho probado 9.)–, circunstancias que impidieron que los funcionarios del Ministerio de Salud pudiesen recoger muestras de producto del mismo lote de la muestra de la botella entregada (por haberse destruido las mismas), a fin de determinar si lo ocurrido era un caso aislado o generalizado. Pero además de ello, no fue sino con ocasión de la interposición de la demanda, y con la notificación de su traslado a la representación estatal, que la Ministra puso en conocimiento del actor, del resultado de la inspección en la empresa productora, lo que ocurrió mediante oficio DM-RM-2059-2012, del veinte de agosto del dos mil doce –hecho probado 15.)–; y se corrió a pedir la inspección del supuesto comercio donde el actor compró el producto entregado, lo que dio como resultado el informe HA-ARS-S-0627-2012, del veinticuatro de agosto del dos mil doce –hecho probado 16.)–; lo que motivó que por oficio DM-RM-2132-2012, del cinco de setiembre siguiente, la Ministra comunicase al accionante, el resultado de aquella pericia, llamándose la atención de que tampoco existe certeza en cuanto a que el local inspeccionado hubiese sido donde el señor Alpízar Quesada compró el refresco Tropical de frutas mixtas, como se indicó en tales actuaciones. Tampoco consta que se hayan aportado al Ministerio de Salud los estudios microbiológicos y físico-químicos y análisis del proceso de producción del lote al que correspondió la botella entregada, al que hizo referencia la empresa Florida Bebidas Sociedad Anónima en su informe con fecha del doce de

muestras aportadas no fue el previsto en la Ley, la cual exige, primero que la decisión de su desecho lo sea por el sujeto competente para ello, es decir, algunos de los laboratorios oficiales de la institución, mediante un criterio técnico, como lo ordena el artículo 354 de la Ley General de Salud, nada de lo cual ocurrió en este caso, es más, “nótese más bien que la decisión adoptada, de desechar las muestras aportadas, se hizo sin existir un protocolo para el tratamiento de las muestras presentadas por los administrados, bajo la justificación de una “costumbre” de la institución”, por lo que procede que se declare que **“sí hubo una conducta omisiva de parte del Ministerio de Salud, por desatender las funciones que le han sido asignadas por mandato legal, de protección de la salud de la población, lo anterior, por la forma cómo tramitó la denuncia formulada por el actor el seis de junio del dos mil once;** sin embargo, resulta materialmente imposible ordenarle que subsane aquella conducta omisiva, en tanto, no sólo constan dos comunicaciones de parte de la entidad pública poniéndole fin al reclamo, sino además, porque no se puede realizar ninguna averiguación sobre las características naturales, físico-químicas y microbiológicas del cuerpo extraño existente en la botella que entregó el actor a la Administración, junto con su denuncia, precisamente por haberse botado en los colectores de basura del Ministerio de Salud.

En consecuencia, el Tribunal acogió parcialmente la defensa de falta de derecho opuesta por la representación estatal y declaró parcialmente con lugar la demanda interpuesta, declarando que: 1) Le corresponde al Ministerio de Salud atender las quejas formuladas por los administrados ante posibles riesgos que puedan presentar en su salud, con ocasión de alimentos posiblemente alterados, deteriorados, contaminados, adulterados o falsificados; b) Que se configuró una conducta omisiva del Ministerio de Salud, contraria a las funciones que le han sido asignadas a esa dependencia, en protección de la salud de la población, por denegación de justicia administrativa en perjuicio del actor, por la forma en cómo se tramitó la denuncia formulada por el actor...c) Se condena al Estado al pago de la suma de un millón de colones al actor, en concepto de daño moral subjetivo y; d) son las costas en este proceso a cargo de la accionada, sumas que se liquidarán en ejecución de sentencia.

setiembre del dos mil once –hecho probado 8.)–, ni que tampoco dicha autoridad los hubiese revisado y/ evaluado”.

En otra importante sentencia (N°00053 de 28 de agosto de 2013, a las 2:25 p.m.) dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII, se debatió ampliamente el tema del incumplimiento de las asignaciones presupuestarias que por Ley le corresponden a las instituciones del Estado, en el caso que nos ocupa, al Patronato Nacional de la Infancia (PANI).

La demanda contencioso administrativa contra el Estado fue presentada por un diputado de la Asamblea Nacional, incorporándose luego como coadyuvante el propio PANI. El objeto del proceso lo fue la conducta omisiva del Estado frente a su obligación de asignar y girar una asignación presupuestaria que le correspondía por Ley. Las pretensiones que se plantearon fueron las siguientes: *“1. Se declare CON LUGAR la presente demanda y, como consecuencia, se declare la disconformidad con el ordenamiento jurídico del incumplimiento del Poder Ejecutivo en la asignación y giro oportuno de los recursos que le corresponden al Patronato Nacional de la Infancia, de conformidad con los artículos 34 de la Ley N° 7648 del 9 de diciembre de 1996 y 14 incisos a) y c) y 15 inciso b) de la Ley N° 7972 del 22 de diciembre de 1999, durante los años 2010 y 2011, así como en la asignación presupuestaria correspondiente al año 2012. / 2. Se ordene a la Presidenta de la República y al Ministro de Hacienda cumplir con lo establecido en dicha legislación y proceder a girar al Patronato Nacional de la Infancia la totalidad de los recursos que le correspondían durante los años 2010 y 2011, de conformidad con los destinos específicos establecidos los artículos 34 de la Ley N° 7648 del 9 de diciembre de 1996 y 14 incisos a) y c) y 15 inciso b) de la Ley N° 7972 del 22 de diciembre de 1999. Asimismo, se le ordene asignar y girar al PANI la totalidad de los recursos que de acuerdo esta legislación (sic) le corresponden durante el ejercicio económico del año 2012. Para cumplir con esta obligación el Poder Ejecutivo deberá realizar las modificaciones presupuestarias que sean pertinentes o enviar un presupuesto extraordinario a la Asamblea Legislativa. / 3. Se ordene al Poder Ejecutivo abstenerse de incurrir en incumplimientos similares en el futuro o de adoptar y ejecutar cualquier conducta que impida la transferencia oportuna al Patronato Nacional de la Infancia la totalidad (sic) de los recursos que por ley le corresponden a dicha institución para el cumplimiento de sus fines. / 4. Se condene al Estado al pago de ambas costas de este proceso”.-*

El actor alegó entre los argumentos de su demanda, que se dejó de asignar y girar al PANI aproximadamente cuarenta y cuatro mil quinientos ochenta y seis millones trescientos mil colones; un 84,7% de los recursos que le corresponden; Explica que lo mismo ocurrió previamente, en los años 2010 y 2011, cuando en los respectivos presupuestos se asignó al PANI sumas inferiores a las que por ley tenía derecho a recibir. En su criterio, los incumplimientos del Poder Ejecutivo en el giro de la totalidad de los recursos que por ley corresponden al PANI han afectado su funcionamiento, limitando su capacidad operativa y restringiendo la cobertura de sus servicios. Destacó que no cuenta con personal ni equipo suficiente para responder a las necesidades de la niñez costarricense, lo que trae como consecuencia que cada vez hay más niños y niñas que no cuentan con la atención y protección especial que les da la ley, entre otras carencias que han sido justificadas por la falta de presupuesto. Todas estas carencias, insiste el accionante, están ocasionando un daño irreparable a la niñez costarricense. El PANI como coadyuvante sostuvo, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no se puede alegar limitaciones presupuestarias para cumplir y satisfacer los derechos humanos de las personas menores de edad; y así lo dispone también el numeral 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia. “Cualquier decisión administrativa, jurídica, de políticas macroeconómicas y sociales debe tomar en cuenta el principio del interés superior de las y los menores de edad”, indicó.

La parte demandada alegó que la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para cumplir con las pretensiones del actor, por lo que consideró la demanda como inadmisibile en función del contenido del artículo 49 constitucional y al ordinal 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo, ya que el objeto de esta jurisdicción se circunscribe a controlar la legalidad de los actos y conductas sujetas al Derecho Administrativo, de modo que los Tribunales Contenciosos carecen de competencia para controlar los actos dictados por los Poderes Públicos que se encuentren sujetos, no al Derecho Administrativo, sino al Derecho Constitucional o al Derecho Internacional Público. Adicionalmente señaló, que la solicitud de la parte actora de modificar el Presupuesto Nacional no versa sobre la modificación de un acto administrativo del Poder Ejecutivo, sino que nos encontramos ante lo que la doctrina ha denominado un acto por disposición constitucional. Sostuvo, que el

actor argumenta que el Estado ha sido omiso en otorgarle al PANI los fondos que le corresponden y que por lo tanto se debe modificar el presupuesto o enviar un presupuesto extraordinario para otorgar los fondos correspondientes, tesis que consideró equivocada, ya que para el Gobierno resulta materialmente imposible girar la totalidad de los recursos dispuestos para los destinos específicos –entre ellos los del PANI– en razón de que hay una serie de obligaciones que debe asumir para atender la cobertura en una serie de áreas como la salud, la educación, protección social, seguridad pública, etc., que no tienen fuente de recursos para financiarlos, por lo que el esfuerzo se ha centrado en presupuestar de acuerdo a las posibilidades fiscales y a girar la totalidad de montos presupuestarios. Indicaron adicionalmente, que no puede el Estado ser obligado a cumplir con destinos que nuestros legisladores crearon sin una fuente real de financiamiento, comprometiendo los recursos que ya estaban asignados. En consecuencia, consideró que existe una evidente falta de derecho en las pretensiones del actor, al no demostrar dentro de su demanda la existencia de nuevos ingresos que puedan cubrir el presupuesto extraordinario que pretende, y cae también en un abuso del derecho, ya que pretende que la jurisdicción contencioso administrativa ordene al Ejecutivo modificar el presupuesto sin indicar dentro del proceso cómo se cubrirán los gastos.

Tal como lo señala la sentencia, la Presidenta de la República y el Ministro de Hacienda encargado, contestaron la demanda alegando “imposibilidad material para cumplir con lo requerido, a la luz del principio constitucional de equilibrio presupuestario”, mientras que el Estado representado por la Procuraduría alegó “incompetencia y cosa juzgada, así como las excepciones de falta de legitimación activa y falta de derecho”.

El Tribunal procedió a analizar las pretensiones, sobre la base de las normas mencionadas como violentadas, entre ellas, el artículo 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia número 7648 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, establece lo siguiente: “Artículo 34.- Fuentes de financiamiento. Para cumplir cabalmente con sus fines y desarrollar sus programas de manera óptima, el Patronato Nacional de la Infancia contará con estas fuentes de financiamiento: a) El Estado incluirá en el presupuesto nacional una partida equivalente al siete por ciento **(7%) de lo recaudado en el año fiscal anterior por**

concepto de impuesto sobre la renta, que se girará al Patronato una sola vez, en el mes de enero de cada año. (...). Por otra parte, la Ley de Impuestos sobre Cigarrillos y Licores para Plan de Protección Social número 7972 del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, también contiene una previsión presupuestaria para el PANI: *“Artículo 14.- El total de recursos recaudados en virtud de los impuestos establecidos y modificados en la presente ley, se asignará de la siguiente manera: a) Tres mil quinientos millones de colones (3.500.000.000,00), según en el artículo 15 de esta ley; b) (...); c) Doscientos millones de colones (200.000.000,00) para el Fondo de la Niñez y la Adolescencia (Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 184), para financiar los proyectos de reinserción educativa de las madres adolescentes en situación de riesgo social; d) (...); e) (...); f) (...); g) (...). El Ministerio de Hacienda estará obligado a incluir, en el proyecto de ley de presupuesto ordinario de la República, los aportes previstos en los incisos a), b), c), d), e) y f) anteriores. Prohíbese la subejecución del presupuesto en esta materia. Estos recursos no estarán sujetos a las directrices emitidas por el Poder Ejecutivo en materia de restricción de gasto público”*.

El Tribunal dentro de sus consideraciones, observó que resulta evidente que para la aprobación del Proyecto de Presupuesto Nacional de la República, para el caso de los ejercicios económicos 2010, 2011, y 2012, se ha sometido a aprobación de la Asamblea Legislativa por parte del Poder Ejecutivo al PANI; sumas menores a las que le correspondían conforme a lo establecido en las normas recién transcritas. Y en cuanto la pretensión declarativa y de condena de que se ordene girar al Patronato Nacional de la Infancia los montos no asignados (lo que incluye que se ordene al Ejecutivo realizar las modificaciones presupuestarias que sean pertinentes), lo cual nos interesa para objeto de esta Tesis Doctoral, el Tribunal estimó que la pretensión es procedente partiendo de la legitimidad de los demandantes, quienes lo hacen en protección de aquellas personas que conforman un grupo estimado como vulnerable y por lo tanto digno de protección especial, y de que las omisiones acusadas en cabeza del Poder Ejecutivo, no solo violentan la ley, sino además, al derecho internacional y la capacidad del Patronato Nacional de la Infancia de dar cabal, eficaz, efectivo y satisfactorio cumplimiento a aquellos fines que le fueron encomendados, también por virtud del mandato legal. Se reitera en esta línea de ideas, que lo que se impugna es una conducta omisiva, para que se

declare además de su existencia, que resulta desajustada al ordenamiento jurídico y en esa medida ilegítima, tanto como que consecuencia y reflejo de ello, se ordene a la Administración accionada proceder a actuar de conformidad con la ley.

En consecuencia, se ordenó al Poder Ejecutivo en lo que habría de corresponder a la Presidenta de la República y al Ministro de Hacienda actuales, tanto como y en su lugar, a quienes hayan de encontrarse ejerciendo dichos cargos en el futuro, a dar cumplimiento con lo establecido por el ordenamiento jurídico en los términos que así lo refiere el presente fallo, y a incluir en el Proyecto de Presupuesto Nacional de la República que haya de formularse para los próximos cuatro períodos presupuestarios y en tantos iguales para cada uno de ellos los fondos que ha dejado de percibir el Patronato Nacional de la Infancia conforme correspondía, para el período fiscal del dos mil diez, dos mil once y dos mil doce y enviarlo para su aprobación por parte de la Asamblea Legislativa.

Adicionalmente, el Tribunal falló sobre las otra pretensiones declarativas contenidas en la demanda, entre ellas, **“que se ordene no incurrir nuevamente en la omisión reclamada”, la cual no es una pretensión a un acto, o una pretensión de condena, sino una mera pretensión declarativa, la cual podría enmarcarse dentro del literal i) del artículo 42²⁰² del CPCA.** La pretensión fue declarada procedente y en el texto de la sentencia se “previene al Poder Ejecutivo abstenerse en el futuro de incurrir en conductas omisivas como la analizada en la presente causa o de adoptar o ejecutar cualquier conducta que implica impedimento para que se direccionen los recursos que por ley corresponden al Patronato Nacional de la Infancia para el cumplimiento de sus fines”.

La decisión del Tribunal vino acompañada también de una reflexión final que no podemos dejar de comentar, ya que guarda relación con el argumento que generalmente es utilizado, no solamente en Costa Rica, sino también en otros países de la región, entre ellos Panamá²⁰³, relacionado con las limitaciones del

²⁰² Artículo 42 literal i): Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona”.

²⁰³ La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en Panamá, a través de sentencia de 30 de noviembre de 2005, luego de la demanda del silencio administrativo de la Contraloría General de la

presupuesto. En este sentido el Tribunal, tomando en cuenta el alegato de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y la Procuraduría General de la República, relativo a la situación de las finanzas públicas, la rigidez del esquema presupuestario y la necesidad de atender múltiples compromisos en diversas áreas de gran importancia social, en adición a lo relativo a los programas de niñez, señaló que “nada de ello permite desconocer las consecuencias jurídicas de normas que en su momento dictó el legislador y que están plenamente vigentes. Véase como se quiera ver, lo cierto es que no incluir en el Presupuesto de la República los montos establecidos en las dos leyes de referencia, constituye una conducta omisiva cuya disconformidad con el ordenamiento jurídico no se puede dejar de declarar”. En su parte resolutoria la sentencia hace los siguientes pronunciamientos relacionados con cada una de las pretensiones declarativas y de condena relacionadas con la

República, al no contestar la solicitud de 21 de junio de 2001, concerniente al pago del diferencial salarial, conforme a la clasificación de cargos decretada mediante Decreto N°95 de 1987 por la Contraloría General a favor de todos los servidores de esa entidad, realizada por un grupo de funcionarios, declaró nulo por ilegal el silencio administrativo y ordenó el pago del diferencial salarial, según nombre, cargo, número y cuantía promedio adeudada, del período comprendido entre Julio de 1987 a Diciembre de 1994: “Tal como fue indicado, quienes recurren a través de esa demanda persiguen que se declare ilegal por silencio administrativo, la negativa tácita de la Contraloría General de la República a la solicitud de pago del Diferencial Salarial que presentaron el 15 de junio de 2001 y ratificaron el 14 de septiembre de 2001, conforme la Clasificación de Cargos decretada mediante Decreto N°95 de 1987 por la Contraloría General de la República, a favor de todos los servidores de la Contraloría, incluyendo a los Directores y Subdirectores de esa Institución Fiscalizadora, que en julio de 1987 desempeñaban dichos cargos. Se afirma que el incremento salarial otorgado tiene sustento en el principio constitucional contenido en el artículo 301 y el artículo 8 de la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República. Luego de examinar las violaciones alegadas y los argumentos en que se sustentan, junto al caudal probatorio que reposa en el expediente, la Sala le concede la razón a los recurrentes, pues, ciertamente, con la negativa tácita que se configura ante el silencio a acceder a las pretensiones formuladas en la solicitud que nos ocupa, la Administración desconoce un derecho **que** legalmente le asiste a los recurrentes, habida cuenta que el Decreto N°95 de 1997, no ha sido declarado ilegal por esta Superioridad, por tanto a la fecha está en firme y es legal. **No es dable entonces que ahora la Contraloría General de la República, so pretexto de que desde 1987 hasta el momento de la solicitud no se ha incluido recurso económico alguno para hacer frente a la reclamación del pago del diferencial salarial a favor de los Directores y Subdirectores que también lo eran en julio de 1987 y de Exdirectores y Exsubdirectores que se desempeñaban en esos cargos en ese mismo mes y año, desconozca ese derecho. Ello a todas luces contrasta con el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos en firme que reconozcan derechos a favor de terceros. Al existir pues, un derecho subjetivo conferido por un acto de la Administración, el administrado adquiere un derecho que crea una situación de exclusividad que podrá oponer contra ésta en cuanto se exceda en sus funciones.** Reiteradamente la Sala ha sostenido que debe entonces la Administración recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria a fin de anular sus propios actos que confieren esos derechos”. La Contraloría General en su informe de conducta señaló: “Que desde 1987, año de la Reclasificación de Cargos de los Servicios Públicos de la Contraloría General, al presente, **no se ha incluido dentro de los presupuestos de esa entidad, recurso económico alguno para hacerle frente a la reclamación del pago** del Diferencial a favor de los Directores y Subdirectores que también lo eran en julio de 1987 y de Exdirectores y Exsubdirectores que desempeñaban estos cargos en julio de 1987; **por tanto la Contraloría mal ha podido ni puede reconocer dicha pretensión**”. (Lo resaltado es nuestro)

conducta omisiva de la Administración: 1) Se declara la disconformidad con el ordenamiento jurídico del incumplimiento del Poder Ejecutivo en la asignación y giro oportuno de los recursos que le corresponden al Patronato Nacional de la Infancia, de conformidad con los artículos 34 de la ley número 7648 y 14 incisos a) y c) y 15 inciso b) de la ley número 7972, ambas ya citadas, durante los años dos mil diez y dos mil once, así como en la asignación presupuestaria correspondiente al año dos mil doce; 2) Se ordena al Poder Ejecutivo en lo que habría de corresponder a la Presidenta de la República y al Ministro de Hacienda actuales, tanto como y en su lugar, a quienes hayan de encontrarse ejerciendo dichos cargos en el futuro, incluir en el Proyecto de Presupuesto Nacional de la República que haya de formularse para los próximos cuatro períodos presupuestarios, y en tantos iguales para cada uno de ellos, los fondos que ha dejado de percibir el Patronato Nacional de la Infancia conforme correspondía, para el período fiscal del dos mil diez, dos mil once y dos mil doce, debiendo enviar comprendiendo lo anterior cada proyecto para su aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, todo conforme los destinos específicos de esos fondos a que refieren el artículo 34 de la Ley número 7648 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis y 14 incisos a) y c), así como el 15 inciso b), de la Ley número 7972 del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Asimismo se le ordena proceder a girar los fondos correspondientes de la forma oportuna una vez aprobado lo correspondiente por parte de la Asamblea Legislativa.

3) Se previene al poder ejecutivo abstenerse en el futuro de incurrir en conductas omisivas como la analizada en la presente causa o de adoptar o ejecutar cualquier conducta que implica impedimento para que se direccionen los recursos que por ley corresponden al Patronato Nacional de la Infancia para el cumplimiento de sus fines.²⁰⁴

²⁰⁴ Cabe destacar que una Jueza del Tribunal Salvo su voto con los siguientes argumentos: "...Es decir, ambas leyes remiten a una actividad –el proceso de preparación del presupuesto– que es un acto político de raigambre constitucional, pues no son dichos cuerpos normativos sino la Carta Fundamental, en sus numerales 140 inciso 15, 177 y 178, la que asigna al Poder Ejecutivo esa atribución. De esta suerte, la conducta a que se hace referencia no es, en realidad, manifestación de función administrativa. Consecuentemente –y con el debido respeto a lo resuelto sobre el particular por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia– el hecho de no realizar dicha conducta es cuestión que escapa a la clase de omisiones cuya fiscalización sea propia de esta jurisdicción. Esto conlleva la imposibilidad de otorgar el primero de los extremos petitorios del proceso.-Lo dicho en el párrafo anterior resulta suficiente para estimar inadmisibles la demanda, por tratarse de la pretensión primaria de la demanda. No obstante y solo a mayor abundamiento, valga agregar que, en mi criterio,

Un caso similar, desde el punto de vista de las pretensiones, ya que se solicitó entre una de ellas, la dotación del presupuesto necesario para las áreas indígenas, junto con otras pretensiones mixtas, puede ser observado en la sentencia N°00074 de 29 de octubre de 2013, emitida a las 10:30 a.m. por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII. El objeto del proceso fundamentalmente descansó en una serie de declaraciones de condena,²⁰⁵ presentadas por la Asociación de

tampoco es procedente acoger las pretensiones accesorias formuladas, que van dirigidas, una, a que se ordene al Poder Ejecutivo asignar y girar al PANI la totalidad de los recursos que le correspondían durante los años 2010, 2011 y 2012, para lo cual peticiona el actor que se exija a aquél realizar las modificaciones presupuestarias que sean pertinentes o enviar un presupuesto extraordinario a la Asamblea Legislativa; y, otra, a que se ordene al Poder Ejecutivo abstenerse de incurrir en incumplimientos similares en el futuro o de adoptar y ejecutar cualquier conducta que impida la transferencia oportuna al PANI de la totalidad de los recursos que por ley le corresponden. Justamente por las mismas razones dadas respecto de la primera petitoria, para esta Cámara resulta inviable imponer al Ejecutivo una forma particular de ejercitar sus atribuciones constitucionales relativas a la preparación del proyecto de ley de presupuesto o exigirle que no vuelva a conducirse en el futuro de la manera que acusa el demandante. Conforme a la Constitución, artículos 105 y 123, ni siquiera el pueblo mismo –o sea, el propio soberano y titular de la potestad de legislar– puede compeler, vía referéndum o iniciativa popular, a que el presupuesto de la República sea preparado o aprobado en un determinado sentido. Obviamente, menos aún puede hacerlo este Tribunal.”

²⁰⁵ “1. Se declare que mi representada es la propietaria registral, y el pueblo Cabécar de Talamanca es el dueño, de la Finca descrita en el Decreto Ejecutivo N° 29448-G del 21 de Marzo de 2001 (“Reserva – Tenorio- Indígena Cabécar de Talamanca). 2. Se ordene al Instituto de Desarrollo Agrario y a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas realizar los estudios y avalúos sobre los terrenos ocupados por personas no indígenas dentro de ese territorio indígena: a) Ordéneseles que los estudios deben determinar cuáles de esas personas tienen que ser indemnizadas y cuáles no tienen derecho a ello; b) Ordéneseles que los avalúos se realicen sobre los terrenos que deben ser indemnizados, tomando en consideración las posibles variaciones que podrían ocurrir por los eventuales retrasos en los procesos que se tramiten para la indemnización; c) Ordéneseles iniciar los estudios y avalúos no más de un mes posterior a la firmeza de la sentencia, debiendo haberlos concluido no más de cuatro meses después de esa firmeza. 3. Se ordene al Estado, al Instituto de Desarrollo Agrario y a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas iniciar de inmediato, una vez realizados los estudios y avalúos citados, los trámites para las indemnizaciones (incluidas las posibles expropiaciones) de los poseedores o propietarios que tengan derecho a ello, y cancelar -no más de un mes posterior a la sentencia que así lo ordene- las indemnizaciones correspondientes. 4. Se ordene poner a mi representada en posesión de cada una de las fincas, parcelas o áreas que componen nuestro territorio cada vez que se desaloje o indemnice a alguno de los actuales ocupantes conforme lo establece la Ley de Expropiaciones; 5. En el caso de la Reserva Indígena Sibujú Norte (que es territorio indígena Cabécar de Talamanca antes citado), si la puesta en posesión de mi representada requiere que se pague la indemnización ordenada en el proceso que se tramita en (sic) Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en expediente 86-000826-0178-CA, ordénesele al estado proceder a su pago no más de un mes después de que quede firme la sentencia. 6. Se condene a los demandados al pago solidario de ambas costas de esta acción”. Dicho lo anterior, la acción se encuentra planteada para que sea discutida en juicio, la identidad del titular del dominio sobre un bien inmueble, que se identifica como la Finca descrita en el Decreto Ejecutivo N° 29448-G del veintiuno de marzo de dos mil uno. Esta pretensión lo es de corte meramente declarativo hasta donde se logra observar. Luego, se formularon una serie de extremos petitorios, todos dirigidos a que se condene a las autoridades públicas demandadas a hacer, sea, a desplegar alguna conducta que se encuentra en criterio de la parte actora impuesta por el ordenamiento jurídico, sin que a la fecha haya sido ejecutada por los accionados, lo que habla de un desdoble en la acción, en pretensiones dirigidas a que se declare que ha existido una ilegítima conducta omisiva de parte de todas las Administraciones Públicas demandadas, para que luego se ordene adoptar en su lugar la conducta que demanda el ordenamiento jurídico. Se trata de una acusada omisión constituida por las acciones a que refiere el artículo 5 de la Ley Indígena, que debiendo ser ejecutadas por las

Desarrollo Integral de la Reserva Indígena Cabécar de Talamanca, en virtud de omisiones del Estado, de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, del Instituto de Desarrollo Rural, y de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena Bribri de Talamanca.

El Tribunal tempranamente identificó que la acción propone en lo medular una demanda fundada en una conducta omisiva disconforme con el ordenamiento jurídico. En consecuencia, se concentró en realizar un profundo análisis de la normativa que regula la Reserva Indígena, a fin de determinar si hubo o no conducta omisiva de las Administraciones demandadas.

Consideró que el Estado no solamente incumplió con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 5 de la Ley Indígena, sino que además, se trata de un incumplimiento calificado y reforzado en el tiempo desde que el ordenamiento le impuso la específica obligación de dotar de contenido presupuestario a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas a efecto exclusivamente de expropiar e indemnizar, cuando proceda, a los no indígenas que se encuentren ocupando o sean titulares, en ambos casos de buena fe, de los terrenos identificados como parte de las reservas indígenas. Por otro lado se señaló que las autoridades públicas demandadas han incurrido en una ilegítima conducta omisiva, que hace igualmente procedente la condena de hacer a fin de procurar el ajuste de esa conducta a lo mandado por el orden jurídico.

Señaló, que el artículo 5 de la Ley Indígena es una norma programática que se desdobra en dos tipos de acciones, realizables en la medida en que la reserva indígena se encuentre debidamente demarcada y claro está, que se conozca su situación jurídica a partir de sus circunstancias registrales y catastrales en función de terceros. Sólo una vez que se cuente con certeza técnica y material de los límites de

demandadas, se dirige a la defensa del derecho de propiedad de la comunidad indígena, en este caso, la Cabécar de Talamanca. Finalmente, se incluyó una pretensión, que se vincula con la posibilidad de que previo a que proceda ordenar poner en posesión a la comunidad accionante de áreas específicas de su territorio, deba pagarse por parte del Estado el dinero al que fue condenado pagar conforme una sentencia dictada con carácter de cosa juzgada material, dentro del otro proceso judicial de corte plenario diverso al que nos ocupa. Así, pretende que se ordene en la presente causa a la parte que resultó vencida en dicho proceso judicial, ejecutar aquello a lo que fue condenada hacer en ella”.

la extensión material del territorio indígena es que resultaría posible identificar a cualesquiera no indígenas que se encuentren poseyendo o sean titulares de porciones de tierra que forman parte de la reserva, que son a quienes se refiere el artículo de interés, que deben ser posibles sujetos de indemnización a los efectos de su desalojo de esas tierras. Las tareas de identificación de estas personas habrán de realizarse en conjunto y de forma sistemática entre la CONAI, la asociación actora, las autoridades indígenas y la propia comunidad Cabécar de Talamanca. El Tribunal en la sentencia rechazó algunas de las pretensiones pero aceptó la existencia de la conducta omisiva de la Administración reconociendo reales pretensiones de hacer.²⁰⁶

²⁰⁶ “a.) Por mayoría se condena al Estado a incluir a favor de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas en el Proyecto de Ley de Presupuesto Nacional de la República, los cien millones de colones que debió incluir, en aquellos que correspondían a los períodos presupuestarios de mil novecientos setenta y nueve, mil novecientos ochenta, mil novecientos ochenta y uno y mil novecientos ochenta y dos. La inclusión de esos dineros en el proyecto respectivo deberá de realizarse en cuatro tractos, a valor actual, y en cuatro períodos presupuestarios anuales consecutivos, el primero de los cuales deberá realizarse hasta vencido el período presupuestario posterior a aquel que se encuentre corriendo al momento en que adquiera firmeza la presente sentencia. (Consecuentemente), por mayoría se ordena al Estado ejercer labores coordinadas, sistemáticas y efectivas con la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y el Instituto de Desarrollo Rural y la Comunidad Indígena Cabécar de Talamanca, que garanticen la ejecución de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Indígena. En ningún momento la Presidencia de la República, -sin perjuicio de las facultades constitucionales que asisten a la Contraloría General de la República-, podrán desentenderse del adecuado uso que le sea dado a ese fondo conforme la Ley. El juez Hess Araya salva el voto con relación a este extremo resolutorio; b.) Por unanimidad, se condena al **Instituto de Desarrollo Rural** a desplegar toda acción que resulte necesaria con cargo en su propio presupuesto, a fin de que se encuentre debidamente demarcada la reserva Indígena Cabécar de Talamanca, lo que deberá iniciar dentro de un plazo no menor a seis meses contados a partir de la fecha en que adquiera firmeza la presente sentencia. Esas tareas deberán encontrarse concluidas, al menos seis meses luego de iniciadas. La demarcación deberá incluir el levantamiento de planos y cualquiera otro instrumento de ese corte, así como los estudios registrales, necesario para la efectiva inscripción registral posterior de los terrenos, permitiendo identificar si existen propiedades superpuestas sobre las áreas que comprende la reserva indígena de interés. Estas tareas deberán efectuarse con la coordinación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y la colaboración de la comunidad indígena actora, para lo cual, dicha comisión deberá interactuar con las autoridades indígenas a efecto de que no se genere obstáculo alguno que entorpezca la realización de las tareas ordenadas; c.) Por unanimidad se condena a la **Comisión Nacional de Asuntos Indígenas** a desplegar toda actividad necesaria en directa, intensa y sistemática coordinación con la Asociación de Desarrollo integral de la Reserva Indígena Cabécar de Talamanca, y las autoridades de la Comunidad Indígena Cabécar de Talamanca, para que en concurso con éstas, mediante el levantamiento de un censo poblacional sea identificada cualquier persona no indígena que posea áreas de la superficie de la reserva indígena de interés, esto una vez demarcada la reserva indígena Cabécar de Talamanca y levantada la información registral y catastral respectiva por parte del Instituto de Desarrollo Rural. El censo ordenado deberá encontrarse efectuado en su totalidad dentro del plazo de cuatro meses a partir de que se haya demarcado la reserva y se cuente con la información registral y catastral de interés y la determinación de qué personas titulares o poseedoras de tierras lo son de buena fe o no, deberá realizarse con plena participación de las autoridades de la comunidad indígena actora, la asociación que le representa, la CONAI y el INDER. Se dicta el presente fallo sin especial condenatoria en costas exclusivamente en lo que la demanda no prosperó en contra de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena Bribri de Talamanca; d.) Por mayoría se condena solidariamente al pago de ambas costas al Estado, al Instituto de Desarrollo

Por otro lado, la inactividad formal o material, tal como lo ha señalado la doctrina y sentencias de la Sala Primera de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, contempla la inactividad reglamentaria. En este sentido, la sentencia N°01242 de 26 de septiembre de 2011, dictada a las 1:30 p.m. por la Sala Primera, dilucidó el debate sobre la obligación de reglamentar cuando no se plasma en la Ley un plazo específico.

En el caso que nos ocupa, el Colegio Nacional de Psicólogos de Costa Rica, formuló demanda a fin de que en sentencia: "Se ordene al Ministerio de Obras Públicas y Transportes a Reglamentar (sic) la Ley 7331 de (sic) 13 de abril de 1993 y sus reformas en lo referente a los (sic) pruebas psicológicas para conducir, como requisito para obtener licencia y permiso temporal, en consulta y con la participación del Colegio Profesional de Psicólogos, como asesor, en su redacción."

El Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, en resolución N°0177-2010 de las 16 horas del 21 de enero de 2010, "declaró parcialmente con lugar la demanda en los siguientes términos, entendiéndose denegada en lo no concedido expresamente. **1)** Se ordena al Poder Ejecutivo que en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la firmeza de esta sentencia proceda a reglamentar cuáles son las deficiencias que dentro del examen de aptitudes físicas y psicológicas impiden o hacen riesgosa la conducción de un vehículo, así como los demás aspectos necesarios para implementar ambas pruebas. **2)** Del cumplimiento de lo ordenado, deberá rendir informe al Juez Ejecutor de este Despacho. **3)** En caso de que el Poder Ejecutivo incumpla con la conducta debida que se ha impuesto, deberá procederse con los mecanismos de ejecución que regulan los numerales 159 y 161 del Código Procesal Contencioso Administrativo y que resulten pertinentes para el cumplimiento específico de la conducta que se ha ordenado. **4)** Son ambas costas a cargo de la Administración demandada."

El Estado formuló Recurso de Casación ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. El mismo se fundamentó en tres razones: 1. La Ley N°7331 no establece

Rural y a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. El juez Hess Araya salva el voto en cuanto a la condena en costas del Estado".

un plazo para su reglamentación, motivo por el cual no se ha omitido el deber de hacerlo; 2. La Imposibilidad del juez de definir el contenido del reglamento que la Ley delega al Poder Ejecutivo; 3. De las disposiciones 66, 68, 71 y 76 de esa Ley, no se deriva la obligación de realizar dos pruebas para obtener el permiso y licencia de conducir, una médica y otra psicológica, la última elaborada por un psicólogo.

Con relación a lo anterior, el Estado explicó que la potestad reglamentaria en lo que al caso interesa, es la atribución otorgada por ley al Poder Ejecutivo para emitir normas de carácter general que faciliten su funcionamiento o desarrollo. En algunas ocasiones ese ejercicio, por disposición de la propia ley, es obligatorio, inevitable, pues se limita a establecer un mandato para que se proceda de esa manera. La Ley de Tránsito dispuso expresamente la obligación de reglamentar lo concerniente a la prueba de las aptitudes físicas y psicológicas de quienes aspiren al permiso de aprendizaje o a obtener una licencia para conducir. La representación estatal así lo reconoce en su recurso, sin embargo alega que como no se estableció un plazo para hacerlo, no se configura la conducta achacada, apoyando su posición en votos de la Sala Constitucional. La Sala recordó que la Administración está sujeta a principios como el de celeridad, eficiencia, eficacia y sobre todo al de legalidad, por lo que, no cabe duda que si la ley dispone el ejercicio reglamentario para su debida ejecución, aún cuando no fije un plazo, debe procederse de inmediato en ese sentido por lo que resulta inaceptable que transcurran plazos irrazonables y desproporcionados para acatar un mandato legal. “La reforma a la Ley nº 7331, entró en vigencia, el 17 de diciembre de 2008, es decir, han transcurrido más de dos años, sin que se promulgue la reglamentación de comentario, lo que no puede justificarse como lo pretende el Estado, en la falta de un plazo legal para que se configure la referida inactividad”.

En el proceso también se debatió si el Tribunal Contencioso Administrativo estaba imposibilitado o no de definir el contenido del reglamento que ordena emitir. La Sala explicó que la jurisdicción contenciosa administrativa realiza un control de legalidad derivado también de la propia Constitución Política, concretamente del numeral 49, control que de manera puntual desarrolla el ordenamiento infra constitucional precisando que puede manifestarse sobre aquellas conductas o actuaciones incluso de contenido discrecional, o frente a la inactividad de la Administración, y dicho

control, no supone en modo alguno invasión de funciones.²⁰⁷ Que ante esa potestad de contenido discrecional, el juzgador no puede sustituir a la Administración, de allí que, el Juzgador, no solo puede sino que además debe corregir la omisión bajo los criterios de un control universal de la conducta administrativa, que incluyen no solo las actuaciones sino también las omisiones. Así, configurada la omisión, corresponde ordenar no solo el deber de reglamentarla, sino además de interpretarla a los fines de dar cabal cumplimiento a su contenido que por demás, no ofrece ningún margen de discrecionalidad. Es en este contexto, que con respeto pleno de la discrecionalidad residual que nace y permanece en el Órgano Administrativo originario, otorgó un plazo específico para la emisión de un reglamento necesario y dispuesto por el ordenamiento jurídico. Se respetó en consecuencia el ejercicio de la potestad reglamentaria y de la discrecionalidad en cuanto a la definición de su contenido (para el que se perfila tan solo la adecuada interpretación de la ley que rige la materia en ejercicio estricto de la función básica de la potestad jurisdiccional).

c. El amparo de legalidad y el derecho a una justicia pronta y cumplida

También en la nutrida jurisprudencia que han producido los tribunales contencioso administrativos y la Sala Primera, sobre el tema de la tutela de la conducta omisiva de la Administración, hay que destacar las decisiones producto de “Amparos de legalidad”.

Esta figura no está contemplada expresamente en el CPCA, sino que obedece a una construcción de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, como lo explica la sentencia de la Sala Primera en resolución N°00064

²⁰⁷ La Sala explicó, que “El tema ha sido tratado ya por esta Cámara, en la resolución no. 116-F-S1-2010 de las 9 horas del 22 de enero de 2010, en la que, sobre el particular señaló: "En primer lugar, la sustitución de la Administración en el dictado de los actos administrativos prevista en el CPCA, específicamente en el precepto 161.2, constituye un supuesto excepcional, y el cual requiere de una serie de circunstancias específicas para su procedencia. Se trata de una medida contra la inactividad de la Administración Pública, que en todo caso, adquiere un matiz especial cuando se trata de actos con elementos discrecionales. De conformidad con la Ley General de la Administración Pública, en virtud del principio de regulación mínima del acto, al menos el motivo o el contenido deben estar regulados. Dicho de otra forma, cuando el motivo no esté normado, lo debe estar el contenido y a la inversa. (...) Ante este panorama, y en respeto del principio de división de funciones, no es factible sustituir al órgano competente cuando subsiste un margen de discrecionalidad que le fue otorgado para el dictado del acto. Lo contrario implicaría desbordar los límites propios de la función jurisdiccional, desconociendo el diseño constitucional de frenos y contrapesos”.

de las 9:35 horas del 27 de enero de 2011²⁰⁸, que busca fundamentalmente tutelar el derecho fundamental a una “justicia pronta y cumplida” dentro de un procedimiento constitutivo, declarativo o recursivo, limitándose el análisis del Tribunal al cumplimiento o no de resolver las gestiones realizadas por los administrados dentro de un procedimiento administrativo, no así la valoración del fondo de lo que pueda ser decidido por la autoridad Administrativa, pues en este caso siendo una conducta expresa (no omisiva), su cuestionamiento debe ventilarse en un proceso de conocimiento común, que escapa al ámbito de cobertura del amparo de legalidad.²⁰⁹

Continuando con el análisis de las conductas omisivas y su medio de control, es positivo destacar que el artículo 35 del CPCA, tal y como lo han expresado sentencias de los tribunales contencioso administrativos,²¹⁰ contiene un trámite que pretende evitar procesos innecesarios, brindando la posibilidad de que antes de ingresar en una contienda formal, la Administración omisa enmiende su deficiencia dando respuesta a la solicitud planteada dentro de un plazo de quince (15) días, luego de emitida la sentencia del Tribunal, coadyuvando con ese derecho a la “justicia pronta y cumplida” a la que se hacía referencia arriba.²¹¹

²⁰⁸ “...Se torna necesario señalar que el denominado ‘amparo de legalidad’, es por jurisprudencia de la Sala Constitucional, un proceso residenciado en la jurisdicción contenciosa con arreglo a los principios de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en lo sucesivo LJC; en este sentido puede consultarse el fallo de ese Tribunal, N°16837- 2008 de las 12 horas 54 minutos del 7 de noviembre de 2008). Su fin – como ha manifestado esta Sala en reiteradas ocasiones – es la celeridad en cierto tipo de asuntos (por ejemplo, la resolución de reclamos administrativos dentro de los plazos contemplados en la ley, incluyendo la fase recursiva), en los que el aspecto de fondo no atenta, al menos en forma directa, contra un derecho o principio constitucional, pues se mantiene en el estricto marco de la legalidad común. La estructura del CPCA – Se ha dicho – no contiene ningún régimen o vía cuyas condiciones sean las propicias para albergar este tipo de controversias. De esta manera, la laguna del ordenamiento debe ser colmada mediante las reglas usuales del bloque de la legalidad, que obligan a analizar analógicamente todas las disposiciones del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, es, la LJC (plazos, principios, y en general, todas sus normas), así como los preceptos del propio CPCA que aceleren, beneficien o permitan concluir de mejor manera la lesión producida. En esta línea, las sentencias de la Sala N°879-A-SI-2009 de las 8 horas 50 minutos del 27 de agosto de 2009, N° 79-A-SI-2010 de las 11 horas 1 minuto del 6 de enero de 2010, y N° 79-A-SI-2010 de las 9 horas 20 minutos del 14 de enero de 2010. Así las cosas, siendo el amparo de legalidad, tramitado y resuelto en única y última instancia, según la normativa y principios de la jurisdicción constitucional (ordinal 11 de la LJC), lo deducido no posee ulterior recurso, es decir, adolece de cualquier medio impugnatorio, ordinario o extraordinario, entre ellos el de revisión”.

²⁰⁹ Tribunal Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, resolución N°1609-2010, de las 11:10 horas del 30 de abril de 2010.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ “ARTÍCULO 35.- 1) Cuando se impugne una conducta omisiva de la Administración Pública, el interesado podrá requerir, al órgano o el ente respectivo para que en el plazo de quince días adopte la conducta debida. Si transcurrido dicho plazo la omisión persiste, quedará expedita la vía contencioso-administrativa. 2) De haberse acudido directamente a la vía jurisdiccional, el juez o el

La jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos contiene muchas muestras de la utilidad de esta figura frente a la omisión de la Administración en el cumplimiento de los plazos que señala la ley, procurando garantizar que la Administración cumpla con su obligación de resolver evitando en muchas ocasiones demandas de fondo sobre conductas omisivas ya sean formales o no.

En este sentido, es bastante demostrativa la sentencia N°01698 de 29 de octubre de 2012 de las 9:25 a.m. emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección IX. La parte actora interpuso el amparo de legalidad, por considerar vulnerado su derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, alegando, que en fechas 27 de octubre del 2010, 09 de febrero y 30 de septiembre del 2011, solicitó el reconocimiento y ajuste de puntos de carrera profesional según su récord académico, y que a la fecha de presentación de la demandas, no había recibido respuesta a sus gestiones, por lo cual pide se ordene a la Administración omisa cumplir con la resolución del reclamo a su nombre, para que se le reconozca y actualice el puntaje de carrera profesional conforme a su récord académico y se condene al Ministerio de Educación Pública por los daños y perjuicios causados.

La Sala rechazó la defensa de falta de derecho y se declaró con lugar la demanda, “ordenando al (a la) Director (a) de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública, o a quien ocupe su cargo, resolver dentro del plazo **QUINCE DÍAS HÁBILES** contados a partir de la comunicación de esta sentencia, el reclamo administrativo presentado por la parte actora para el reconocimiento y ajuste de puntos de carrera profesional según su récord académico” Cabe resaltar, que también se condenó a la parte demandada al pago de los daños y perjuicios, así como al pago de las costas personales y procesales con la advertencia a el (la) Director (a) de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública, o a quien ocupe su cargo, que de conformidad con el artículo 159 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el incumplimiento de la conducta impuesta acarrea responsabilidad tanto pecuniaria como penal, por lo que podría seguirse causa por el

Tribunal concederá, al jerarca supremo de la entidad o el órgano competente, un plazo máximo de quince días hábiles, con suspensión del proceso, para que cumplimente la conducta debida. De hacerlo así, se dará por terminado el proceso sin especial condenatoria en costas, sin perjuicio de continuarlo para el restablecimiento pleno de la situación jurídica de la persona lesionada. Si, transcurrido dicho plazo, se mantiene total o parcialmente, la omisión, el proceso continuará su curso, sin necesidad de resolución que así lo disponga”.

delito de desobediencia a la autoridad, conforme lo estipula el artículo 307 del Código Penal.²¹²

3. Artículo 36 f) Cualquier otra conducta sujeta al Derecho administrativo

Cuando este literal se refiere a la tutela de “cualquier otra conducta sujeta al derecho administrativo” como cláusula residual, al analizarse el artículo 36 en su conjunto, pareciese que están contempladas todas las conductas que pueden ser objeto de un

²¹² La Sala, sobre el Derecho de Petición y a un Procedimiento Pronto y Cumplido, en el caso concreto señaló lo siguiente: “De acuerdo con los principios que informan la Constitución Política, contenidos y desarrollados en nuestro ordenamiento jurídico infra constitucional, la Administración Pública debe conocer y resolver las solicitudes que le presenten los administrados, de modo que resulta insuficiente su sola tramitación para tenerlos por resueltos, pues es necesario que se emita el acto final. En el asunto bajo examen, se tiene por debidamente acreditado que en fechas 27 de octubre del 2010, 09 de febrero y 30 de setiembre del 2011, la parte actora solicitó el reconocimiento y ajuste de puntos de carrera profesional según su récord académico. (folios de 5, 6 y 9 de los autos). Por su parte, la demandada no demostró que efectivamente resolviera de forma oportuna la gestión planteada y que comunicara lo correspondiente a la actora. Adicionalmente, una vez presentado el amparo de legalidad y conferido por parte de este Tribunal el plazo de quince días establecido en el artículo 35 del Código Procesal Contencioso Administrativo, a fin de que la Administración respondiera las peticiones referidas, la parte demandada no aportó a los autos elementos de prueba fehacientes que permitan concluir que se cumplió la conducta omitida, resolviendo y comunicando de forma específica las solicitudes antes dichas, lo cual obliga a concluir que en este caso, no sólo se excedieron los plazos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para resolver los reclamos planteados (artículo 261 de la Ley General de Administración Pública), sino que además, habiendo contado con la oportunidad de cesar su inactividad, la Administración concernida no lo hizo dentro del plazo conferido al efecto por esta autoridad jurisdiccional.” En este mismo sentido pueden verse Sentencia 01748 de 31 de octubre de 2012, de las 8:40 a.m., emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección IX (“Se declara con lugar la demanda y se ordena al (a la) Jefe (a) de Control de Pagos del Ministerio de Educación Pública, o a quien ocupe su cargo, resolver dentro del plazo **QUINCE DÍAS HÁBILES** contados a partir de la comunicación de esta sentencia, la solicitud presentada por la actora para la cancelación de diferencias salariales retroactivas por concepto de carrera profesional”); Sentencia 01871 de 29 de noviembre de 2012, de las 9:30 a.m. emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX (“Se declara con lugar la demanda y **se ordena al DIRECTOR NACIONAL DE PENSIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO** que proceda a resolver y notificar los reclamos administrativos presentados por la actora los días veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y siete, veintinueve de marzo de dos mil seis, ocho y doce de mayo de dos mil nueve, veintinueve de abril y doce de mayo de dos mil once, tres de febrero y quince de marzo, ambos del dos mil doce, mediante las cuales solicitó actualización y pago de diferencias en su pensión, dentro del plazo de **QUINCE DÍAS HÁBILES** a partir de la notificación de esta sentencia. Se advierte **al DIRECTOR NACIONAL DE PENSIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO**, que de conformidad con el artículo 159 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el incumplimiento de la conducta impuesta acarrea responsabilidad patrimonial, así como responsabilidad penal por el delito de desobediencia a la autoridad”); Sentencia de 29 de octubre de 2012, de las 9:30 a.m. emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX (“Se rechaza la defensa de falta de derecho y se declara con lugar la demanda, ordenando al (a la) Director (a) de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública, o a quien ocupe su cargo, resolver dentro del plazo **QUINCE DÍAS HÁBILES** contados a partir de la comunicación de esta sentencia, la gestión planteada en vista de la no cancelación de los 9 aumentos anuales indicados en el Oficio N° DRH-DRL-UAL-24674-2011. Se condena a la parte demandada al pago de los daños y perjuicios, así como al pago de las costas personales y procesales”).

recurso contencioso administrativo. No obstante, entendemos la motivación detrás de dejar la puerta entreabierta para evitar que surja o que pueda surgir en el futuro, alguna conducta no prevista por la norma, por lo que nos avocamos a verificar si luego de transcurridos seis (6) años, la jurisprudencia ha identificado alguna conducta residual que haya requerido de la aplicación del literal f) del artículo 36 del CPCA.

En nuestra búsqueda de decisiones jurisprudenciales, encontramos la sentencia N°00662 de 2 de octubre de 2008, de las 10:20 a.m. emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, recién estrenado el nuevo CPCA. La demanda fue interpuesta por Oscar Felipe Baltodano Valverde contra el Estado, el Consejo Nacional de Educación Superior, la Universidad Fidélitas y la Universidad Hispanoamericana, teniendo como pretensión que como estudiante con discapacidad, en el nivel de educación superior universitaria, se le apliquen “adecuaciones curriculares significativas” y se le nombre a un profesor tutor en todos los cursos que matricule, conforme lo indica la Ley N°7600 y su Reglamento y la Convención Americana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. La Jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso-Administrativo, declaró su incompetencia en razón de la materia y dispuso que este asunto, por estar involucradas universidades privadas, corresponde al Juzgado Civil de Mayor Cuantía de San José. El afectado apeló ante la Sala Primera, para que se definiera el conflicto competencial. El Tribunal Contencioso consideró que la resolución del conflicto le corresponde a la jurisdicción civil, pues lo que se reprocha es la actuación de un sujeto privado (La Universidad Hispanoamericana) ya que no se pretende la suspensión de un acto dictado por el Consejo Nacional de Educación Superior ni algún ente del Estado, sino la suspensión de un acto emitido por el Comité de Apoyo Educativo del centro de educación superior emitido el 15 de enero de 2008, lo que representa para el demandante la omisión de una conducta representada por la falta de aplicación de adecuaciones curriculares significativas y el nombramiento de tutores en las materias matriculadas en la carrera de derecho.²¹³

²¹³ El Comité de Apoyo Educativo de la Universidad Hispanoamericana en el oficio CAEUH-01-2008 del 15 de enero de 2008, recomienda se le apliquen al señor Baltodano adecuaciones curriculares no significativas. Al definir su pretensión el afectado solicita el cambio en la adecuación curricular que se

La Sala Primera al analizar si se trata o no de una conducta objeto del proceso contencioso administrativo, analizó tanto el artículo 2 inciso e) que señala que la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda, conocerá entre otros asuntos, de “las conductas o relaciones regidas por el Derecho Público, aunque provengan de personas privadas o sean estas sus partes”, y el **artículo 36 inciso f) que dispone como norma residual que la pretensión será admisible respecto de: “cualquier otra conducta sujeta al Derecho Administrativo”.**

Respecto a la aplicación de estas normas, indicó que las conductas de los sujetos privados serán revisables en sede contencioso administrativa en tanto “exista entre estos y los destinatarios del servicio, una relación jurídica intersubjetiva regulada de forma directa, que no refleja, por el derecho público”. Aclaró que en este caso concreto, se está ante un servicio prestado por un sujeto de derecho privado, pero que por la naturaleza y régimen jurídico que le resulta aplicable, “ejerce en su accionar competencias vinculadas con el ejercicio de potestades de carácter público”, ya que “la potestad de brindar enseñanza superior, depende de la autorización de la Administración Pública y conlleva la sujeción permanente a las normas que los órganos competentes han fijado en su prestación”.

En conclusión, señaló la Sala Primera, que en virtud de **lo que está en discusión no es la relación jurídico privada entre un estudiante y la universidad privada, sino la posible inaplicación de garantías legales y constitucionales que en materia de discapacidad deben acatar los centros educativos, se trata de una conducta sujeta al derecho administrativo, aunque provenga de una entidad de naturaleza privada**, por lo que se declaró que el conocimiento del proceso corresponde al Tribunal Contencioso Administrativo.

le asigna, indicando que: “Asimismo, solicito se ordene a los demandados –como incidente de suspensión prima facie del acto administrativo impugnado-, tomar las medidas administrativas, presupuestarias, pertinentes y coordinadas, así como girar las órdenes respectivas a fin de proceder inmediatamente a restituirme en el pleno goce de mi derecho a continuar mis estudios superiores de Derecho en la Universidad Hispanoamericana con Adecuaciones Curriculares Significativas, tal y como se venía haciendo por orden del MEP durante el ciclo diversificado (Bachillerato) que aprobé en el Liceo Teodoro Picado Michalsky, en atención a mi patología médica tan compleja y difícil”.

E. Entre elogios y críticas al modelo adoptado (relacionadas fundamentalmente con el papel del acto administrativo y la superación del carácter revisor)

A pesar de haber entrado a regir en el año 2008, no hay todavía suficiente doctrina que analice con profundidad y espíritu crítico las consecuencias de las reformas introducidas por el nuevo CPCA. Las obras y documentación consultada identifican los aportes de las reformas y las transformaciones que representan, sin embargo transcurridos siete años, sería positivo que se publicaran obras y artículos que analicen las consecuencias tanto positivas como negativas de la reforma.

Para efecto de nuestro estudio nos interesaba conocer los efectos de la sustitución del carácter revisor del contencioso administrativo, por una jurisdicción plenaria y universal que no conoce solamente de recursos contra actos formales o presuntos, y disposiciones administrativas, sino sobre toda una serie de conductas administrativas que vulneran derechos subjetivos e intereses legítimos, permitiendo una amplitud de pretensiones sobre dichas conductas.

Para cumplir este propósito realizamos una serie de entrevistas a juristas y funcionarios relacionados con el contencioso administrativo. Algunos de los entrevistados participaron en la comisión redactora de la Ley, y sus nombres y participación aparecen en las actas de las discusiones legislativas, por lo que consideramos que sus opiniones eran importantes, a pesar de estar su objetividad condicionada por su participación directa en la redacción del proyecto de Ley. Otros son operadores jurídicos que trabajan en la aplicación de la Ley, y en menor número, juristas que buscan la tutela jurisdiccional y que pensamos podían aportar el elemento crítico a la discusión. La mayor parte de las entrevistas se efectuaron en el año 2013 “in situ” en Costa Rica, otras, las menos (La entrevista a Ronny Bassey por ejemplo), se llevó a cabo vía correo electrónico durante el mismo año.²¹⁴

²¹⁴ Las personas entrevistadas fueron las siguientes: 1) Don Oscar González Camacho, Magistrado de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 2) Entrevista a Don Manrique Jiménez, abogado litigante, profesor y miembro de la Comisión Redactora del Código Procesal Contencioso- Administrativo. 3) Doña Cristina Víquez, Coordinadora del Tribunal Contencioso Administrativo Costarricense. 4) Aldo Milano especialista en Derecho Administrativo, Litigante y miembro de la Comisión Redactora del CPCA. 5) Ronny Bassey, Procurador Adjunto.

Las preguntas efectuadas a los entrevistados, buscaban identificar el nivel de apoyo o crítica a las transformaciones introducidas por el nuevo Código, relacionadas con el acceso al contencioso administrativo tomando en cuenta la desvinculación del nuevo proceso al acto administrativo y las consecuencias de dicha desvinculación y la utilización de los conceptos de derechos subjetivos e intereses legítimos, como la nueva base del esquema de pretensiones procesales. Por otro lado se hizo mucho énfasis en el tema del riesgo de la excesiva litigiosidad producto de la mayor flexibilidad y ampliación de las conductas demandables. Las preguntas realizadas a todos los entrevistados fueron las siguientes:

1. ¿Considera usted que es positivo que se haya desvinculado el concepto de acto administrativo del acceso al contencioso administrativo a través del nuevo Código?
2. ¿No cree usted que es excesivamente amplio hablar de relaciones sujetas al ordenamiento jurídico, así como su existencia, inexistencia, contenido, conductas omisivas y cualquier otra conducta sujeta al derecho administrativo?
3. ¿Considera usted que los ciudadanos, los operadores jurídicos y a los abogados han entendido o se les ha explicado lo suficiente este cambio de modelo?
4. ¿Considera usted que con el nuevo Código se garantiza en mayor medida la tutela judicial efectiva y los intereses legítimos de los ciudadanos frente a los abusos y arbitrariedades de la Administración, tomando en cuenta también que ahora no solamente es posible anular el acto administrativo, sino que hay una amplitud de pretensiones?
5. ¿Qué situaciones que antes no tenían un claro cause procesal, ahora se pueden demandar de manera directa sin la necesidad de que exista un acto administrativo o un silencio como actividad u omisión administrativa impugnables?
6. ¿No ha habido excesiva litigiosidad producto de la mayor apertura o informalidad del proceso acompañado de la eliminación de la vía administrativa como obligatoria para acudir al contencioso administrativo, existe estadística o se han adoptado medidas para evitar la excesiva litigiosidad?
7. ¿Qué aspectos de la nueva Ley cree que son insuficientes, o qué modificación recomendaría para que se cumpliera de mejor manera el objetivo de garantizar un proceso más abierto informal con mayores garantías, pero que a su vez limite los abusos y la excesiva litigiosidad?

Tres de los cinco entrevistados participaron de la Comisión Redactora del CPCA, por lo que en alguna medida sus opiniones podría pensarse que adolecen de objetividad o de espíritu crítico, sin embargo, producto del diálogo se trató de evitar la excesiva subjetividad y obtener información que sirviera para llegar a algunas conclusiones sobre la evolución en la aplicación del Código, fundamentalmente en relación con el acceso al contencioso administrativo, por lo que fundamentalmente nuestro interés giró en torno a la respuesta a las preguntas 1, 2, 4, 5 y 6.

Con relación a la primera pregunta: ¿Considera usted que es positivo que se haya desvinculado el concepto de acto administrativo del acceso al contencioso administrativo a través del Código? La mayoría de los entrevistados coincidieron en que se trata de un cambio positivo y necesario²¹⁵ para superar el carácter revisor que caracterizaba la legislación reformada, no obstante, **Ronny Bassey**, Procurador Adjunto señaló que, “En parte si y en parte no”, lo primero, ya que las actuaciones de la Administración tienen una amplia gama de manifestaciones, algunas de las cuales desde el punto de vista del administrado quedaban sin tutela por la estructura rígida de legalidad del acto administrativo, etc., no obstante, por ejemplo conocer la función jurisdiccional del Estado incluso de otras funciones como la electoral que en nuestro país es un poder aparte, no es muy sano si no existen aspectos claros de

²¹⁵ **Aldo Milano**, señaló al respecto, que “Nuestra ley anterior fue copia de la Ley española del año 1956 y como esta traía esa versión reducida del ámbito de lo contencioso a examinar solo la legalidad del acto administrativo y solo conceptualizada como conducta sometida a control el acto formal. La realidad es en nuestro caso, que la jurisprudencia de la Sala Constitucional vía amparo, había demostrado que las conductas ilegítimas de la Administración no eran solo las formales, sino que habían otras, entre ellas las omisivas, de modo que cuando se amplía el objeto del proceso se entiende que es necesario en virtud de la nueva dinámica de la administración. Por ejemplo no prestar un servicio público, no reglamentar una Ley eran conductas no previstas dentro del objeto de la Ley anterior, pero que definitivamente era necesario controlar. Siempre se pensó y era uno de los bastiones de la reforma el ampliar el objeto del contencioso”. **Manrique Jiménez**, respecto a la discusión en la Comisión de Reforma, señaló que: “Tuvimos una aceptación unánime en el sentido de que el nuevo contencioso fuera fundamentalmente subjetivo sin excluir la dimensión objetiva, es decir la potestad anulatoria del acto o de las conductas en general que es una de las características de la evolución contencioso administrativa, que además tiene rango constitucional, pero no es el elemento o el factor primario o causalista para el desarrollo y la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa”. Cristina Víquez (Coordinadora de los Tribunales Contencioso-Administrativo) también manifestó el aporte positivo al señalar que: “El estar ligado a revisar el acto administrativo, eso es de una época que ya hemos superado, ni va tampoco de acuerdo a un principio democrático de control de la Administración. Nosotros lo teníamos en la vieja ley reguladora de 1963 porque era una copia de la Ley española de 1956 que fue emitida en época de Franco, entonces lo única que se podía revisar era actos administrativos, pero en realidad no responde a un principio de legalidad ni de responsabilidad de la Administración, ni de control pleno de la Administración. No hay una sola área del quehacer administrativo que tenga que estar fuera del control de la jurisdicción contenciosa, como una garantía ciudadana”.

juzgamiento de dichas actividades, tomando en cuenta que no son simples actos administrativos o función administrativa. El ejemplo electoral lo indicó considerando que el día de mañana como actúan ciertos jueces, (Por suerte no todos, aclaró), algún candidato perdedor de una elección se sentirá agraviado por ello y por lo tanto con derecho a ser indemnizado.

La segunda pregunta: ¿No cree usted que es excesivamente amplio hablar de relaciones sujetas al ordenamiento jurídico, así como su existencia, inexistencia, contenido, conductas omisivas y cualquier otra conducta sujeta al derecho administrativo?, para los que participaron en la redacción del Proyecto de Código, no generó mayores inconvenientes. Para **D. Cristina Víquez**, que no participó en dicha comisión, no hay justificación para que haya “áreas oscuras en donde no llegue el control de legalidad, porque entonces vamos a tener áreas de impunidad donde el juez no pueda llegar”.²¹⁶ **Manrique Jiménez** también defendió la amplitud, y señala que es lo mejor desde el punto de vista procesal para evitar que otras jurisdicciones puedan asumir la competencia de conductas que por su naturaleza deben ser tuteladas de forma plena por el contencioso administrativo.²¹⁷

El Magistrado **Óscar González Camacho**, reconoce que el Código es algo reglamentista, porque se quiso guiar al juez que muchas veces peca de conservador, y que la expresión relación jurídico-administrativa es algo ambigua, que cubre todo, pero que da margen a absorciones competenciales expansivas

²¹⁶ “Y es que el juez no llega oficiosamente, porque se le ocurrió ir a investigar. Llega porque hay un administrado que considera lesionado sus derechos, entonces en cualquier área de la Administración hay que darle protección a ese administrado si se comprueba que es irregular la actividad. Por qué tienen que haber áreas oscuras escondidas fuera del control de la Ley?. No hay ninguna justificación dentro de ninguna construcción. La Administración no tiene áreas impunes, ni áreas donde prive la arbitrariedad a tal punto que ni siquiera el juez contencioso pueda entrar”.

²¹⁷ “Es importante tomar en cuenta que lo que se hizo es un sistema en donde prevalecen los controles múltiples, es decir, hay una pluralidad de control, porque en materia de derechos humanos los controles amplios y en función de coparticipación, son una mayor garantía para su disfrute en un Estado de Derecho. Ahora, mejor que sea amplio, porque cuando no existe una amplitud de control jurisdiccional contencioso administrativo eso queda absorbido por otras jurisdicciones, luego vienen las confusiones en cuanto a la organización y actividad de la administración pública, los conflictos de la administración pública entre sí, y de los ciudadanos con la administración, entre otros, y es un peligro que eso lo vaya a absorber por ejemplo la jurisdicción civil como pasa en otras jurisdicciones, que lo vaya a absorber exclusivamente la jurisdicción constitucional que tiene el gravísimo y el grandísimo problema de que no son jurisdicciones plenarias en sentido estricto. El amparo por ejemplo en nuestro sistema, y creo que en la mayoría del derecho comparado, son procesos sumarios, no son procesos plenarios, no son procesos ordinarios donde la discusión de la prueba técnica por ejemplo, no puede ser objeto de una discusión en amparo”.

donde hay un matiz de normativa administrativa involucrada.²¹⁸ Por otro lado **D. Ronny Bassey** si considera que es bastante amplio, sin reglas claras, ya que el nuevo contencioso se diseñó pensando en montar “únicamente una inquisición contra el Estado y sus instituciones”.

Con relación a la cuarta pregunta: ¿Considera usted que con el nuevo Código se garantiza en mayor medida la tutela judicial efectiva y los intereses legítimos de los ciudadanos frente a los abusos y arbitrariedades de la Administración, tomando en cuenta también que ahora no solamente es posible anular el acto administrativo, sino que hay una amplitud de pretensiones?, todos los entrevistados, consideraron que con el nuevo esquema de acceso, superando el carácter revisor, en efecto se garantiza en mayor medida la tutela judicial efectiva frente a las arbitrariedades de la Administración²¹⁹, sin embargo el **Magistrado González Camacho**, aclaró que el

²¹⁸ “...quisimos guiar al juez que muchas veces conservador dice no ante la menor posibilidad, y quisimos decirle, sí, usted puede, y llevarlo de la mano para un cambio de paradigma. La expresión relación jurídico administrativa que utiliza el artículo primero, es ambigua, es efectivamente muy alemana también, cubre todo. En aquel momento incluso queríamos la relación jurídico pública, y allí se nos restringió porque cubría el derecho constitucional que a la postre quedó desperdigado en otros artículos de la norma... Pudimos haber dicho, el contencioso administrativo conoce de cualquier asunto donde haya una relación jurídico administrativa. Y eso es el universo total. Eso nos da margen a unas absorciones competenciales por ejemplo en materia agraria, eventualmente procesos, y lo hemos hecho en conflictos entre privados en donde hay un matiz de normativa administrativa, y lo hemos absorbido, es decir hemos venido con un espectro competencial expansivo a un grado muy amplio. No sé si esta amplitud y esa absorción del contencioso costarricense pudiera trasladarse tan amplio a otros regímenes. Se por mis vínculos con España, sería muy difícil pasar a un régimen así”.

²¹⁹ Por ejemplo, Cristina Víquez señaló, que “En realidad con la parte anulativa es más o menos igual. Se anula y se restablece la situación jurídica (daños y perjuicios) La maravilla del Código es que como no nos limitamos al acto, podemos ver cualquier tipo de relación jurídico subjetivo administrativa, y esto nos permite precisamente que no haya zonas oscuras de la Administración. Nos permite darle protección plena y total al administrado cuando se requiera. Por ejemplo, **Hay situaciones en donde no cabe o no es posible anular, por ejemplo, si no se reúne una comisión que tiene la obligación por Ley de reunirse, y eso afecta a un particular porque su permiso o su autorización depende de esa reunión donde se decidirá su solicitud**, sencillamente le damos orden a la Comisión de que se reúna y tenemos instrumentos en fase de ejecución lo suficientemente amplios como para dar una orden. Por ejemplo, tuvimos el caso de una comisión que no se reunía y ya había sentencia en que tenía que adoptar X conducta, y se le dio a todos orden de reunirse bajo sanción de multarlos. Es interesante, el Código tiene en fase de ejecución por ejemplo, el instrumento de las multas, y la multa es personal para el funcionario, y va de uno a cinco salarios base. Pero además hay algo maravilloso porque también tenemos o podemos encomendarlo a otro órgano similar dentro de la Administración para el caso en que el funcionario que no quiera realizar la acción, lo hemos multado con cinco salarios base y todavía se niega, podemos buscar dentro de la misma organización otro funcionario de igual jerarquía y le ordenamos que realice la acción porque ahora es su competencia. Incluso podríamos ordenarle a otra Administración que lo haga. Todo esto es gradualmente. Primero utilizamos el requerimiento, luego los multamos, nunca hemos tenido que llegar a las otras fórmulas que tiene el Código. Veamos el ejemplo de un plan regulador. Por ejemplo, la comunidad de Alajuela no quiera hacer el plan regulador. El juez podría pedirle a la Municipalidad de Heredia que haga el plan regulador con cargo al presupuesto de Alajuela, y en última instancia podría el juez contratar a un experto con cargo al presupuesto de la municipalidad de Alajuela, para que lo haga, se publica y entra en vigencia.”

código “no fue una reforma, sino una demolición de las estructuras anteriores tomándolas como enseñanza”. Se tomó en cuenta la tradición jurídica costarricense de protección de los intereses legítimos, aunque sin duda ahora en el CPCA se protegen más, lo que ha producido críticas entre algunos funcionarios de Gobierno y representantes del sector político porque señalan, por ejemplo respecto a las medidas cautelares, que ha habido un “exceso de garantías de los derechos e intereses, en desmedro y detrimento de los intereses públicos.”²²⁰

D. Ronny Bassey si bien señaló que hay más apertura, cuestionó la efectividad del sistema, ya que considera que con el nuevo código se cometen muchas arbitrariedades procesales especialmente contra la Administración Pública, y que pareciera que la filosofía de este nuevo código fue la siguiente: “con la antigua Ley el Estado y sus instituciones ganaban muchos juicios, entonces cambiemos eso, ahora que gane el administrado”.

La quinta pregunta está relacionada con la identificación de qué situaciones (para el CPCA serían conductas) que antes no tenían un claro cauce procesal, ahora se pueden demandar de manera directa sin la necesidad de que exista un acto administrativo o un silencio como actividad u omisión administrativa impugnabile.

Cristina Víquez respondió a esta pregunta señalando que con anterioridad solamente se demandaban fundamentalmente actos, ni siquiera las omisiones. “Si había una omisión no hacíamos al administrado reclamar esa omisión para tener un acto negativo. No lo hacíamos. La impugnación era de actos, si no había un acto de por medio, no había manera de entrar. Ahora como ni siquiera se tiene que agotar la vía administrativa, entonces no hay actos”. Destacó que con la vieja ley, se requería un interés legítimo propio, actual y directo. Ahora, toda la materia ambiental, y la

²²⁰ “...mire que interesante lo que dicen los políticos, eso es bien interesante: El sistema de ha desbordado, las cautelares por ejemplo, están en la mira de los políticos, la suspensión y más allá de la suspensión, tenemos un abanico de posibilidades en las cautelares, ordenando hacer, no hacer, paralizar no paralizar, modificar, y en consecuencia, les ha resultado una figura tremendamente incomoda y ha habido alguna intentona de modificarlas porque ha habido un exceso señalan ellos de garantías de los derechos e intereses, y un desmedro en detrimento de los intereses públicos. Una observación que recibimos cuando fuimos a exponer el Código a Alcalá de Henares. Algún catedrático nos dijo, es que esto me parece a mí que está hecho solo en favor de los administrados, y qué pasa con la señora Administración.”

materia de consumidores tienen cabida en el sistema de impugnaciones. Se admiten reclamos que son prestaciones para la comunidad y no para el individuo.²²¹

Por otro lado, tanto el **Magistrado González Camacho, como D. Aldo Milano y D. Manrique Jiménez**, concuerdan en que la inactividad y las omisiones, representan las principales conductas cuya tutela requería un claro cauce procesal ante la ausencia del mismo en la anterior legislación.²²²

Con relación a la preocupación que existió en su momento sobre la excesiva litigiosidad (pregunta 6) que podría generar la superación del carácter revisor de actos administrativos, se preguntó lo siguiente: ¿No ha habido excesiva litigiosidad producto de la mayor apertura o informalidad del proceso acompañado de la eliminación de la vía administrativa como obligatoria para acudir al contencioso administrativo, existe estadística o se han adoptado medidas para evitar la excesiva litigiosidad?

²²¹ “Yo diría que se han superado los problemas de legitimación, y ahora podemos tener demandas que antes no podían presentarse. Ahora todas estas demandas se están admitiendo. Para custodia de parques nacionales, reservas, la gente está viniendo a demandar conductas omisivas. Indicando que no se está cumpliendo con el deber de custodia como lo indica la Ley. Cómo que alguien cercó y ustedes no hicieron ni han hecho nada, y les damos curso y las fallamos, y las ejecutamos que es lo mejor...”

²²² El **Magistrado González Camacho** señaló expresamente, que “donde más hemos tenido una manifestación clara es en la actividad prestacional en donde era muchas veces difícil en la inactividad. Donde la administración me dice un no, pero entonces impugno el acto. Si no podía atacar la discrecionalidad tampoco, entonces al final impugnaba el acto negativo, entonces qué medida cautelar le doy? ¿Una suspensión frente a un acto negativo? Me deja en 0, una anulación del acto negativo, entonces regrese usted a la Administración. Yo creo que toda la superación o ensanchamiento de la conducta donde más claridad tiene y beneficios tiene es en la omisión, como reflejo de la actividad prestacional donde si han proliferado los casos en materia de salud, en materia de servicios públicos como agua, telefonía, en infraestructuras, por ejemplo en puentes peatonales hemos condenado en múltiples ocasiones a que se construya una obra pública en un plazo, botaderos de basura en donde anteriormente había que hacer verdaderos artilugios y casi pócimas mágicas para lograr buscar un acto y al final lograr anular el acto sin lograr absolutamente una respuesta positiva. El silencio es una figura que estimo abiertamente inconstitucional. No te da motivos. Es necesario motivar los actos y luego el silencio no te da motivos, tienes que luchar contra un fantasma presumiendo cuales pudieron haber sido las causas para la denegatoria. No, la Administración tiene un deber de responder”.

Manrique Jiménez por su parte expresó, que “cuando se habla ahora de conductas, se trasciende más allá del acto administrativo, es decir ahora las omisiones pueden ser objeto de sanción por parte del juez de la jurisdicción contencioso administrativa. Por ejemplo el principio de la afectación de los intereses legítimos, la Constitución señala que se protegerán al menos los intereses legítimos y los derechos subjetivos, antes se exigía el interés actual y el interés directo, y el interés personal, y eso era inconstitucional ya que la Constitución está hablando solo de interés legítimo”.

Esta pregunta es importante para nuestra investigación, debido a que seguramente en Panamá cuando eventualmente se produzca el debate respecto a la superación del carácter revisor y la adopción de una jurisdicción contencioso administrativa universal y plena, desvinculada del concepto de acto administrativo en su concepción procesal, muchas de las inquietudes girarán en cuanto al aumento de los litigios, y por ende de la mora judicial producto de la ampliación del objeto del proceso y de las pretensiones procesales.

Justamente sobre este tema, el **Magistrado Oscar González Camacho**, señaló que fue una de las principales advertencias que hizo la representación del Estado al momento de la discusión del proyecto de Ley, y de hecho reconoce que en algún momento pensaron que el cambio de modelo de acceso desvinculado del carácter revisor, iba a provocar una explosión y que iba a inundar los juzgados y desbordarlos, pero sostuvo que en realidad no ocurrió. Indicó que “ha habido una curva ascendente y muy ascendente de ingreso de los procesos. Se ha ido propagando la noticia de la flexibilidad del proceso, de los beneficios del proceso, y por supuesto, y sin ver las estadísticas no me atrevo a afirmarlo, pero creo que se ha cuadruplicado o quintuplicado con respecto al ingreso que hace años teníamos. Yo temí que la avalancha fuera mayor y no fue así... La experiencia nos demuestra que nos mantenemos todavía en márgenes manejables”.

Destacó que ahora, la duración promedio del proceso ha alcanzado un año desde la demanda hasta la sentencia como promedio. No obstante, reconoció que existe un cuello de botella y “ojalá en Panamá no cometan el error”. La casación es el cuello de botella en este momento, y recomendó cambiar la gestión administrativa interna de la Sala para provocar un desfogue inmediato de la casación en tiempos más razonables.²²³

²²³ A pesar del reconocimiento de lo que se puede mejorar, señala que “ha sido un cambio vertiginoso, ha habido que cambiar mentalidades, las cosas se hacen diferente, si usted me pregunta antes de los errores el balance del Código, ha sido muy exitoso. Se dice en general que el cambio es revolucionario, hoy por hoy somos punto de observación de muchos países, con errores que todavía se mantienen y cosas por superar, pero sin duda alguna es un proceso en movimiento con audiencias, flexible en legitimación, flexible en el objeto, con audiencias, con apoderamiento fuertísimo del juez en sentencia, con una ejecución draconiana, con mecanismos novedosos como la indexación, con instrumentos como el proceso preferente, la ejecución de sentencia a terceros, entre otros”.

Cristina Viquez sostuvo por su parte, que no se puede evitar que haya un aumento de la litigiosidad. Si la demanda cumple con todos los requisitos que exige el Código, hay que darle curso y llevarla hasta el final, aunque sea evidente la improcedencia, por lo que haría falta un mecanismo ante esta situación. Tenemos casos donde es muy evidente la falta de legitimación para pedir lo que se está pidiendo, “son a veces casos de antología académica, sin embargo tenemos que llevarlo hasta juicio si se ha cumplido con los requisitos de la Ley”. En cuanto a la estadística, señaló que existen estadísticas del tribunal, pero sería conveniente ver la estadística de la jurisdicción 20 años atrás para hacer una comparación, y reconoció que es un hecho que ahora tienen muchos más casos, sobre todo porque hay que separar. Explicó que el viejo juzgado además de recibir ordinarios recibía interdictos, expropiaciones etc. “Si usted ve el número de ordinarios que ahora se le llaman procesos de conocimiento, ha aumentado significativamente. Si se ve el número de cuántos asuntos han entrado, a lo mejor no se observa un aumento. El número de ordinarios pienso que ha aumentado, y el número de medidas cautelares se ha disparado”.²²⁴

Respecto a este tema, también se refirió a la necesidad de mayor personal capacitado para hacer frente al cambio de modelo de acceso al contencioso administrativo. Indicó que en los tribunales solamente hay cincuenta jueces con los que difícilmente se puede hacer frente al volumen de trabajo. Destacó que la justicia oral requiere de más jueces; “es una maravilla desde el punto de vista del acercamiento con el administrado, el justiciable tiene una relación directa con el juez,

²²⁴ La Coordinadora de los Tribunales Contencioso Administrativos explicó también en la entrevista cómo funciona el sistema competencial. “En el viejo esquema había juzgado de lo contencioso, y lo que resolvía el juzgado iba en apelación al Tribunal, y del Tribunal a la Sala Primera. En el esquema actual el juzgado tiene una competencia diferente a nosotros, el ve interdictos de amparo de posesión, expropiaciones, diligencias varias menores y ejecuciones de sentencias de la Sala Constitucional. Mientras que el Tribunal en única instancia, ve los procesos de conocimiento, los procesos de acto firme y favorable, las ejecuciones de estos procesos, las ejecuciones de arbitrajes cuando una de las partes es el Estado, y ahora los amparos de legalidad. Hay un Tribunal de Apelaciones, pero este solamente conoce de la apelación de cinco autos: las medidas cautelares, la integración de la Litis, las inadmisibilidades ad portas, cuando la demanda tenía defectos y no se subsanaron, el decreto de embargo en materia de ejecución y otro más que se me escapa. No es un Tribunal Intermedio, sino que solamente conoce apelaciones contra esos autos indicados. La sentencia por ejemplo, en un proceso de conocimiento, no tiene apelación, solamente tiene recurso de casación ante la Sala. De manera que este tribunal de apelaciones nunca ve sentencias. La Ley creo un Tribunal de Casación, pero solamente se ha puesto a funcionar la parte de apelaciones. El Tribunal de Casación de acuerdo al Código veía la apelación de esos cinco autos, en relación con el Tribunal y ciertos recursos de casación. Los recursos de casación en materia sancionatoria por ejemplo. Como no pusieron a funcionar esto, sino solamente la parte de apelaciones, entonces, es un tribunal que solamente conoce de los cinco autos apelables, de manera que funciona muy rápido”.

tiene múltiples beneficios. Hay cosas que en una audiencia preliminar se puede arreglar oralmente, que puede que no las pueda arreglar en un proceso escrito. Es maravilloso, pero la justicia oral es mucho más cara, porque usted necesita la inmediatez, necesita al juez sentado durante el juicio...todo se graba, se levanta un acta, equipo, personal para monitorear el equipo, se necesita un guarda de sala...”.

Aldo Milano, sin embargo, consideró que el tema de la excesiva litigiosidad producto del cambio de modelo es relativo, argumentando que gran parte de la litigiosidad que antes se daba en la Sala Constitucional se ha trasladado al Contencioso Administrativo. Sostuvo, que se ha sustituido con el CPCA el debate que se daba en el “amparo de inconstitucionalidad forzado” que se producía con ciertas demandas de ilegalidad.²²⁵

Por último **Ronny Bassey**, Procurador Adjunto, señaló, que sin lugar a dudas, ha habido mucha litigiosidad con los nuevos objetos del contencioso y el nuevo esquema de pretensiones, lo cual no necesariamente beneficia al público, sino en gran medida a muchos abogados que aspiran a enriquecerse a costa de demandas contra el Estado. Se observan demandas millonarias contra el Estado que luego son ajustadas en la sentencia a lo que los Tribunales consideran una justa indemnización, sin que haya necesariamente un llamado de atención por haber presentado una demanda especulativa y sin sentido. Considera que debería haber, además de las costas, una condena a los demandantes por litigio de mala fe.

Igualmente en las actas de discusión de la subcomisión legislativa que debatió el proyecto de CPCA se observan críticas por parte de los representantes de la Procuraduría General al excesivo amparo que se le otorga a los particulares, al omitirse en los artículos que desarrollan el objeto del proceso y las pretensiones posibles, de manera taxativa, que la Administración también pueda deducir sus pretensiones por las conductas omisivas de quienes tienen una relación jurídica con la Administración e incumplen sus obligaciones.²²⁶

²²⁵ De hecho señaló que hay una evidencia estadística: “La Sala Constitucional desde su creación a finales del año 1989, siempre tuvo un crecimiento en el número de amparos anual. Entra a regir el CPCA y dejó de incrementarse, decreció ligeramente”.

²²⁶ Discusión en la Subcomisión Legislativa, Acta N°5 de 3 de noviembre de 2004, **Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel. Procuradora General de la República**: “Yo comprendo que puede esto causar muchísima discusión y que posiblemente, nadie va a estar de acuerdo, pero si quiero dejarlo

TÍTULO III

Colombia. Un nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo con un nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo

El 18 de enero de 2012, El Presidente de Colombia sancionó la Ley 1437 de 2011, que contiene el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano, el cual entró a regir el 2 de julio de 2012.

En el año 2011, el Consejo de Estado de Colombia, llevó a cabo el Seminario Internacional de presentación del nuevo Código, con el ánimo de que las memorias de dicho evento fueren publicadas y que sirvieran de documento explicativo de las reformas introducidas. Dentro de este documento resultan destacables, entre

planteado. Que nosotros consideramos que de estos primeros artículos, se plantea en forma poco equilibrada, la presentación de la jurisdicción contenciosa. Entiendo claramente, que esta es la función principal, no la cuestiono, comprendo y estamos totalmente de acuerdo en que hay que ampliar la tutela y la protección de los derechos de los administrados frente a la administración, porque la administración, también se equivoca y también en algunas ocasiones puede cometer arbitrariedades. Ese no es el punto que estoy planteando. El punto es, que también en no todos los casos, los administrados son los santos a los que hay que tutelarles por las arbitrariedades de la administración.

También podemos ver en estos momentos, actuaciones de particulares, y no se da tanto a nivel individual sino con empresas en concreto, es que se da; empresas que además tienen una capacidad excelente, para contratar excelentes abogados para enfrentar a la administración y esa visión de que la jurisdicción debe ser para esa tutela. Pero nos parece que también debe ser, para aquellos en que la administración requiera obligar a un administrado a cumplir con actos administrativos, con contratos administrativos, o sea, la perspectiva de la administración como actora.

En este momento, tenemos básicamente, lo que es la lesividad, pero hay que tener claro que en este momento, la lesividad le resulta insuficiente a la Administración. O sea, no siempre la declaratoria de lesividad que significa que haya un vicio de nulidad en el acto administrativo, es el recurso idóneo ¿para qué? Para poder hacer cumplir al administrado.

Porque muchas veces el problema no está en el acto o en el contrato que se dictó, que le concedió un derecho, que le dio algún tipo de estos, sino que el problema, por ejemplo, está en la ejecución o en actuaciones posteriores de los particulares que vinieron a hacer incumplir obligaciones.

Yo sé, porque bueno, ya hemos tenido muchas discusiones de ese tipo, pero creo que no podemos olvidar que la tutela, o sea, que la administración tiene la tutela de intereses. De intereses colectivos, de intereses públicos y que esa tutela de esos intereses públicos, merece la tutela jurisdiccional, sobre esos intereses públicos.

Entonces, desde esa concepción si leemos los primeros artículos; uno, dos, tres, que es donde se fija el ámbito y el fin que va a tener la jurisdicción contencioso administrativo, desde ahí, nosotros extrañamos que haya alguna mención de que esta jurisdicción, también deberá conocer, las pretensiones que el Estado tenga en relación con particulares. Y, sobre todo, en lo que la Ley General denomina las relaciones de especial sujeción.

En este tipo de relaciones de especial sujeción, también se requiere que la Administración tenga instrumentos, y ya no solo en vía administrativa, sino en vía jurisdiccional, para poder hacer efectivo, tener un mecanismo de discusión". **Castillo Víquez, Fernando y Álvaro Quesada, Esteban.** Código Procesal Contencioso Administrativo, Anotado con las Actas Legislativas. Procuraduría General de la Nación, Costa Rica, 2009.

muchas, las palabras del Ministro de Justicia e Interior en su intervención: “Miren, es muy simple: no es tanto que quisiéramos o no expedir este Código, es que teníamos que hacerlo. Nadie entendía cómo la Jurisdicción de lo Contencioso, así como asuntos centrales relativos a nuestra Administración Pública, estuvieran regulados por una norma de la década de los ochenta, que no consultaba el principal cambio normativo producido en Colombia durante el último siglo: La Constitución de 1991, una nueva Carta que reformó aspectos sustanciales del ordenamiento jurídico de este país y que por demás introdujo variaciones muy relevantes en la manera de entender el Derecho, de interpretarlo, de aplicarlo, variaciones que durante veinte años han sido desarrolladas por las Altas Cortes en un conjunto de sólidas líneas jurisprudenciales que tampoco tenían en cuenta la normativa anterior”²²⁷

De igual manera, son muy simbólicas, las palabras introductorias del Presidente del Consejo de Estado con relación a las razones que llevaron a conformar una comisión para la revisión del procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo, en el año 2007. Este personero sostuvo que un conjunto de meditaciones, originalmente encaminadas a determinar las competencias legales que debían asignarse y/o revisarse en cuanto correspondía al funcionamiento del Consejo de Estado, muy pronto derivaron en un escenario mucho más amplio que tuvo por objeto repensar la estructura y la organización de la totalidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.²²⁸

²²⁷ **Fajardo Gómez**, Mauricio. Memorias del Seminario Internacional de presentación de la Ley 1437 de 2011. Nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Editorial Consejo de Estado de la República de Colombia. Bogotá, 2011, p. 24. Versión electrónica disponible en: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20CCA.pdf>

²²⁸ Señaló el Presidente del Consejo de Estado, que “Al comprometerse con esta importante tarea, el tribunal supremo de lo contencioso administrativo y cuerpo supremo consultivo del Gobierno, la asumió con entusiasmo en el entendido de que su propia existencia encuentra justificación a través de la realización, entre otros, de dos aspectos de singular importancia que apuntan a la efectividad del cometido constitucional que la carta política le traza a nuestro Estado social de derecho, consistente en la consecución de un orden justo, a saber:

- A) De un lado la atención pronta, eficiente e idónea de los usuarios de la jurisdicción especializada que llenos de esperanza y confiados en la efectividad de las instituciones democráticas con lo cual dotan de legitimidad tanto al sistema institucional como al ordenamiento vigente, a diario ocurren ante los despachos judiciales en demanda de justicia, de una administración de justicia que traduzca en realidad los postulados constitucionales.
- B) De otro lado, manteniendo los objetivos en el norte constituido por el origen mismo del derecho administrativo, con todas sus evoluciones conquistadas a los largo de la historia, esto es procurando asegurar la protección efectiva y concreta de los derechos y las libertades de los asociados de cara al ejercicio del poder de las autoridades públicas, de tal manera que así se alcance el no menos significativo propósito de asegurar el imperio de la ley, y con ello, el destierro definitivo de la arbitrariedad y toda forma de abuso por parte del estado o de sus servidores”.

De modo que el Consejo de Estado, como lo señalan estas memorias, decidió dejar de lado la postura cómoda y pasiva del “estatus quo”, consistente en limitarse a la aplicación de la normativa vigente en cada uno de los casos sometidos a su conocimiento, para asumir el reto de discutir, elaborar, de proponer, y de defender un código moderno que de manera ágil y actualizada regulase, entre otras cuestiones significativas:

1. **Las actuaciones de las autoridades administrativas;**
2. **Las relaciones de los asociados con dichas autoridades;**
3. **Que defienda y garantice la efectividad de los derechos de los particulares;**
4. Qué simultáneamente procure el funcionamiento idóneo, oportuno y adecuado de las instituciones y de las autoridades legítimamente constituidas;
5. Que contribuya de manera eficaz a la descongestión del aparato judicial de lo contencioso administrativo mediante el reconocimiento de derechos y garantías en sede administrativa;
6. Qué consagre procedimientos eficientes para el funcionamiento de la jurisdicción especializada en orden a lograr una administración de justicia eficiente, fuerte, respetada y respetable,
7. Todo ellos, consultando el marco constitucional adoptado en el año 1991, como los avances jurídicos y tecnológicos que el mundo moderno y globalizado pone al alcance de la sociedad colombiana.²²⁹

Palabras de introducción de las Memorias del Seminario Internacional de presentación la Ley 1437 de 2011. *Ibíd.*, p. 16.

²²⁹ En este sentido el Ex Presidente del Consejo de Estado en su intervención en el seminario, tal como lo documentan las memorias del mismo, destacó: que “No puede olvidarse que las actuaciones y relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos se rigen fundamentalmente por el actual Código Contencioso Administrativo, que en su esencia, no obstante las modificaciones parciales sufridas, se encuentra contenido en el Decreto 01 de 1984, es decir en un compendio normativo expedido durante la vigencia de la anterior Constitución Política de 1886, de corte inminentemente orgánico, preocupado fundamentalmente por la protección de las estructuras y órganos, situación que de alguna manera contrasta con la orientación personalista, principalista y proteccionista de los derechos humanos, propia de la actual Constitución, circunstancia que por sí misma justifica con creces la necesidad de introducir cambios sustanciales en las disposiciones que regulan los procedimientos administrativos y contenciosos administrativos. *Ibíd.* p. 31.

Como se puede observar, y resaltamos en la numeración, el Presidente del Consejo de Estado hace referencia a las “actuaciones” de las autoridades administrativas, y las “relaciones” de los asociados con dichas autoridades, lo que nos conecta directamente con el tema del objeto del Procedimiento Administrativo y del Contencioso Administrativo, contenido en el nuevo Código aprobado en el año 2011.

También es importante indicar, que se decidió continuar con el esquema de un Código tanto para el Procedimiento Administrativo como para regular el Contencioso Administrativo, y al respecto, resulta interesante lo que señala **Zambrano Cetina** cuando puntualiza que este énfasis no es casual, sino que coincide con la evolución del tema y con la filosofía que inspira el cambio de título del Código introducido con la reforma, el cual ya no alude exclusivamente al “Código Contencioso Administrativo” (Decreto 01 de 1984) sino al “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, lo cual es justo, tomando en cuenta que ambos procedimientos están desarrollados en el citado cuerpo legislativo y no se podía demeritar la importancia que juega el procedimiento administrativo dentro del esquema integral de la justicia administrativa.²³⁰

²³⁰ Sobre este tema, señala **Zambrano Cetina**, Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y miembro de la Comisión de Reforma, es una opción legislativa diferente a la adoptada en otras latitudes, y que es apenas uno de muchos ejemplos de la “especificidad colombiana” en materia jurídica que llama la atención de nuestros colegas extranjeros, y que realmente no es tan novedad, ya que el Decreto 01 de 1984 había innovado al introducir un libro dedicado a los procedimientos administrativos en el Código contencioso administrativo como antesala al contencioso, por oposición a los ordenamientos jurídicos que en el mundo y en particular en Latinoamérica regulan en leyes distintas el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso siguiendo fundamentalmente el modelo español. Sin embargo destaca, que la novedad consiste en el énfasis que hace la Ley 1437 de 2012, no solamente en el título del Código, sino en el contenido del libro I, al dotar de mayor entidad a la regulación de los procedimientos administrativos, que si bien se mantienen en el cuerpo normativo como su primera parte, por motivos de lógica jurídica, se ha plasmado de forma diferentes y con alcance propio, y no simplemente para ser entendida como una mera etapa o antesala para la actuación que indefectiblemente deberá surtirse ante la jurisdicción. Señala que lo anterior traduce la mutación de un buen número de categorías tradicionales del derecho administrativo colombiano, que ya se venía produciendo tanto a nivel legal como jurisprudencial, que encontró en la Constitución de 1991 el elemento catalizador que obligó a repensar no solamente la jurisdicción, sino el conjunto de la acción del Estado y en particular de la Administración, y dentro de esta mutación, la expedición del nuevo Código podría entenderse como un nuevo intento de afirmación del procedimiento administrativo en su componente propiamente tal y no judicial. Véase **Zambrano Cetina**, William. La Protección de Derechos en Sede Administrativa y la Eficacia de los Principios Constitucionales de la Función Administrativa, en Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Publicación del Consejo del Estado y del Banco de la República (Martha Teresa Briceño y William Zambrano Cetina coordinadores), 2012, p. 39-40.

En nuestro concepto, esto es positivo para que en ambos procedimientos se hablé el mismo lenguaje. En Panamá, por ejemplo, contamos con una Ley de lo Contencioso Administrativo de 1943, reformada en 1946 y una Ley de Procedimiento Administrativo del año 2000, que hablan en ocasiones, lenguajes distintos. La aprobación de la modificación de ambas leyes en Panamá, de forma conjunta en un Código unificado, permitiría mejorar esta comunicación.

Tal como fue planteado por muchos de los expositores del mencionado seminario internacional, además de convertirse al ciudadano en el centro y núcleo de la actuación administrativa, en la nueva normativa se hace especial énfasis en regular los procedimientos administrativos, aquellos que guardan trascendencia en la relación directa entre las autoridades administrativas y las personas. De este modo, el nuevo texto introduce importantes innovaciones en las normas que regulan las mencionadas relaciones con un objetivo primordial: que el procedimiento administrativo, se conciba para que los asuntos de naturaleza administrativa se resuelvan en sede administrativa, de modo que el ciudadano no tenga necesariamente que acudir ante el juez contencioso para su solución, como alternativa real, para lo cual agota la vía administrativa como requisito o carga procedimental, sino que tenga que hacerlo solamente en situaciones excepcionales, de manera que de forma indirecta, la nueva regulación se convierta en una fórmula de descongestión judicial. Bajo este esquema y para alcanzar uno de los objetivos de la nueva Ley, el objeto y acceso al proceso contencioso administrativo tiene que estar conectado con el objeto y el acceso al procedimiento administrativo.

Para lograr esta conexión es fundamental un andamiaje constitucional que sirva de base al cambio de cultura en la Administración Pública. La Constitución Colombiana de 1991 aporta a esta nueva visión del papel del Estado, de la Administración, y de su relación con las personas, desde su artículo 1, al enunciarse que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, y que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes

consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, al tiempo que se reitera que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades. Y como lo señala **Zambrano Cetina**, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales y del Estado y de los particulares consignados en el artículo dos (2) de la Constitución Política de Colombia, no sólo se definieron los elementos configurativos del Estado social de derecho, sino que se fijó un exigente marco de acción para todas las autoridades públicas y en particular para la administración pública en cuanto al entendimiento de su relación con las personas.²³¹

Aunado a lo anterior, la Constitución establece una serie de instrumentos jurídicos para asegurar la protección de los derechos fundamentales contenidos en la misma y en los convenios internacionales, permitiendo a toda persona ejercer la Acción de Tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando alguno de éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, lo cual incluye a los actos administrativos.

A. La tutela judicial efectiva y el acceso al contencioso administrativo en Colombia. La razón de la reforma

De acuerdo a **Stella Correa**, Magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado (al momento de la aprobación del Código) y miembro de la Comisión de Reforma del Código Contencioso Administrativo, la finalidad principal de la reforma fue lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, los cuales muchas veces son sistemáticamente desconocidos por la Administración, por lo

²³¹ **Zambrano Cetina**, William. Fundamento y Objetivos de la Reforma del Libro Primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado, 2012, p. 43.

general bajo el pretexto de falta de recursos, prefiriendo dilatar el reconocimiento de unos derechos que en múltiples ocasiones se revelan como indiscutibles.

Señala esta autora, que esta jurisdicción ejerce de manera especial y continua el juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados en **la actividad** de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos estatales, sin embargo, el mal endémico que de manera genérica afecta el derecho fundamental de acceso a la justicia no es extraño a esta jurisdicción: existencia de barreras tales como la desigual distribución geográfica de los despachos judiciales; la complejidad o desactualización de la legislación procesal; el desconocimiento por parte de las autoridades de los derechos de los ciudadanos, de la ley y de las interpretaciones jurisprudenciales; la deficiente asistencia legal, especialmente para los sectores menos favorecidos; carencia de una cultura ciudadana básica y los altos costos implícitos en la operación del sistema, entre otros factores, que inciden en la vulneración de este derecho. En gran parte, las dificultades que afronta la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia obedecen al aumento de los niveles de litigiosidad por la creciente demanda de justicia administrativa, por lo que era un problema que tenía que afrontar la reforma.²³²

Destaca que la demanda de justicia contencioso administrativa desborda la capacidad de respuesta del aparato judicial, lo cual es una realidad de Latinoamérica y de seguro, de muchos países de Europa, y que constituye una preocupación constante, dada la enorme congestión y la exagerada duración de los procesos de lo contencioso administrativo, y que el reto permanente, con lo cual concuerdo plenamente con la autora, es encontrar las soluciones, implementar estrategias e introducir los elementos de reforma necesarios para **descongestionar la jurisdicción y generar un mayor acceso a la misma**, procurando mayores resultados, para una pronta y cumplida administración de justicia en este campo,

²³² **Correa**, Ruth Stella. Fundamentos de la reforma del libro segundo del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Memorias del Seminario Internacional... op cit. p.80-81.

tomando en cuenta que detrás del cumplimiento de esta premisa está en gran medida la legitimidad del Estado.²³³

Santofimio Gamboa, por su parte, considera que la tutela judicial efectiva es un presupuesto básico del Estado de Derecho contenido en la Constitución Colombiana en su artículo 229 que garantiza a todas las personas el derecho de acceder a la administración de justicia, y esta debe ser efectiva resolviendo prontamente y de fondo los litigios puestos a su consideración, y la justicia contencioso administrativa debe encarnar este postulado para las relaciones entre la Administración y las personas que eventualmente se vean relacionadas jurídicamente, para lo cual es necesario que haya prevalencia del contenido, que sea no procesalista, oportuna y efectiva en la protección y garantías de los derechos de las personas y del interés general. En este sentido, considera que el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa no puede entenderse si no es entronizada ésta con el fin de garantizar y hacer efectiva la justicia, los litigios y las controversias con el Estado, de cualquier naturaleza.²³⁴

²³³ Con relación a los atentados a la tutela judicial efectiva señala esta autora que: “el administrado enfrenta el primer escollo cuando no se tiene claridad ni en la legislación ni por el juez, de cuál es el juez al que el Estado ha determinado como el competente para el conocimiento del proceso, conflicto cuya resolución se toma al menos dos años y cuando finalmente se define el juez competente, el usuario de la administración de justicia debe soportar un largo proceso por los trámites que hoy tiene establecido el código como propios del proceso contencioso administrativo, espera del turno para que se realicen las actuaciones propias y sobre todo para que se produzca la sentencia, llegándose al absurdo de que terminado todo el trámite el proceso permanece 10 años o más a la espera de una sentencia, aguardando pacientemente que le corresponda el turno de fallo, todo ello debido a la gran congestión existente por la importante demanda de justicia contencioso administrativa. La sentencia obtenida en esas condiciones, lejos de convertirse en un factor para la tutela judicial efectiva, ya vulnerada con el solo paso del tiempo durante el trámite del proceso, además no es cumplida de manera pronta, porque las normas consagran un término de inejecutabilidad de 18 meses, después del cual, todavía el Estado condenado no se allana a cumplirla”. *Ibídem.* p. 81-82.

²³⁴ El autor en su obra cita la sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002 de la Corte Constitucional, relacionada con la tutela judicial efectiva: “El artículo 229 C.N. consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia, de acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del **orden** jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares-como consecuencia de sus relaciones interpersonales, o entre éstos y la propia organización estatal. Véase **Santofimio Gamboa**, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III (Contencioso Administrativo). Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 45-46.

Para cumplir con el Principio de Tutela Judicial Efectiva, la comisión de reforma, luego de un extenso debate y análisis, como lo destaca **Valle de la Hoz**, decidió suprimir las antiguas acciones e instituir pretensiones, incluyendo en el Título III del Código, como veremos con profundidad más adelante, no sólo las llamadas acciones del Código Contencioso Administrativo de 1984, sino las de origen constitucional, tales como la acción de tutela, instituida con la finalidad de proteger los derechos fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; la acción popular para proteger los derechos e intereses colectivos; la acción de cumplimiento para hacer efectiva las leyes y los actos administrativos, entre otras que buscan garantizar mayor amplitud del contencioso en defensa de este importante principio.²³⁵

B. El objeto del Contencioso Administrativo en el nuevo Código (La nueva posición del acto administrativo)

Luciano Parejo, observando el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano, desde una perspectiva externa y objetiva, y haciendo un paralelismo con el sistema español en relación con el control judicial de la Administración, señala que sin perjuicio de la adecuación a la tutela judicial efectiva que ofrece, parece posible vislumbrar en el Código, una inclinación, aunque sin un claro abandono de la perspectiva del control, hacia el carácter subjetivo del proceso vía regulación de la “procedibilidad”. Considera este autor que hay una evolución muy similar a la española, que requiere en su opinión, como sucede en España, de una cierta cautela en relación con el objeto del proceso a los efectos de no perder de vista nunca la posición, función, y responsabilidad que según el orden constitucional corresponden al control judicial sobre la actividad administrativa y, por tanto, su clara vinculación a la división de poderes. Para explicar lo anterior con mayor claridad, sostiene que la regulación conjunta establecida en el Código va a requerir una línea de armonización del objeto y del ámbito de aquél en los términos analizados, en relación con el procedimiento, pues en el procedimiento contencioso, el ámbito comprende la actividad/inactividad de todo tipo, incluso la material, y no sólo la unilateral formalizada.

²³⁵ **Valle de la Hoz**, Olga Mélida. Medios de Control, en Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código, op. cit. p. 145.

Destaca que la configuración de la Justicia contencioso administrativa en el nuevo Código resulta impecable desde la perspectiva de la independencia y de su organización en un triple escalafón que se encomienda correctamente a la organización del gobierno del Poder Judicial. Sostiene que hay que confiar en los buenos resultados que esta solución organizativa pueda aportar a Colombia, pues en España no puede decirse que haya resultado todo lo positiva que sería deseable. Igualmente indica, que en cuanto al sistema de acciones dispuesto en el Código, hay que decir que es más propio del modelo anglosajón/alemán, que del francés/español, aunque es cierto que del sistema francés procede sin duda la diferenciación entre acción de nulidad (proceso objetivo a la decisión) y acción de nulidad y restablecimiento/reparación (recurso de plena jurisdicción). Es más que discutible que ante la proteica acción administrativa, este sistema sea superior al de cláusula general en función de la legitimación activa (pretensiones no tipificadas) que el español²³⁶.

Fernández Álvarez, Consejero de Estado, en el prólogo de la primera edición de la obra de **Arboleda Perdomo**²³⁷ (Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) cuando analiza la denominación y estructura del nuevo Código, destaca que la Comisión para la Reforma al Código Contencioso Administrativo (D. 01 de 1984) clarificó que el llamado Código Contencioso Administrativo en Colombia, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en realidad contiene en su texto dos tipos de normativas distintas: la que regula los procedimientos administrativos que deben seguir las autoridades contempladas en el artículo 2° del Código, y la otra, la que se refiere a los procedimientos jurisdiccionales que deben cumplir los jueces y magistrados de lo contencioso administrativo. En este sentido, afirma que el nuevo Código parte de un principio fundamental: el “de la conexidad estrecha que debe existir entre sus dos partes, el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial, es decir, entre la Administración Pública y el juez que controla su actividad, quienes de consuno

²³⁶ Véase, **Parejo Alfonso**, Luciano. Memorias del Seminario Internacional...Op cit. p. 105-109.

²³⁷ Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y miembro de la Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

deben contribuir al logro de los fines del Estado social de derecho y a la resolución de los asuntos que involucran a la comunidad en general”.²³⁸

Respecto al objeto, indica que se observa en el texto del Código, una “redefinición del objeto de la jurisdicción” bajo un criterio material, atendiendo a la naturaleza administrativa de la actividad, pero sin desconocer eventos a los que habrá de acudir al criterio orgánico o la naturaleza de la entidad pública que realiza la actuación. Destaca este autor, que adicionalmente, para una debida protección del derecho al debido proceso y para mayor claridad del administrado, el Código no se ocupa sólo de determinar sobre qué asuntos conoce la jurisdicción, sino que identifica aquellos sobre los cuales no tiene conocimiento o competencias.

De hecho, como lo documenta **Cárdenas Mejía**, el debate sobre la adopción del criterio material u orgánico para definir el objeto del contencioso definido en el nuevo Código de 2011, quedó reflejado en la historia del proyecto de ley, tanto en el primer debate, como en el segundo debate del Senado, donde al parecer se tomaron en cuenta recomendaciones de diversos foros en los que se solicitaba una conciliación de los criterios material y orgánico, procurando no adoptar ninguno de forma absoluta, reconociéndose que al concepto de función administrativa no es suficientemente comprensivo para determinar el objeto de la jurisdicción.²³⁹

²³⁸ De hecho el cambio de concepción se puede observar en los primeros artículos de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y Procesal Administrativo) Si bien el procedimiento administrativo debe finalizar con un acto administrativo formal el artículo 1° de la Ley señala respecto a la finalidad de la parte primera que “Las normas de esta parte primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares”. Véase prólogo de la obra de **Arboleda Perdomo**, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Editorial Legis, Bogotá, Colombia, Segunda Edición, 2012.

²³⁹ En el primer debate del Senado se expresó al respecto que “Con el fin de afianzar el criterio de especialización, el proyecto en el artículo 100 considera que para la definición del objeto de la jurisdicción, es necesario acudir a un criterio material que hace que la jurisdicción de la Contencioso Administrativo conozca de actos, hechos, operaciones y omisiones relacionadas con el ejercicio de la función administrativa. Sin embargo, la dinámica de las actividades societarias hace que en ocasiones se tenga que acudir al criterio orgánico para que el administrado tenga claridad frente a aquellos temas en donde podrían presentarse controversias sobre la jurisdicción competente, como sucede en casos de responsabilidad extracontractual y contractual, cuyo conocimiento se asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre que una de las partes del litigio sea una entidad pública”. Lo anterior, señala el autor, se reflejó de forma semejante en la ponencia del segundo debate en el Senado y en las ponencias en la Cámara de Representantes, de forma que la “historia fidedigna del proyecto indica que se quiso adoptar un criterio material para definir el objeto

Por otro lado señala, que en función de que ahora se ha de tomar como centro al individuo y la defensa de sus derechos, el Código se orienta a que los asuntos de los ciudadanos se resuelvan en lo posible en sede administrativa.²⁴⁰

Arboleda Perdomo, al comentar el artículo 103 del Código, primer artículo de la parte segunda del mismo, señala que si bien dicho artículo se refiere al “objeto” de la jurisdicción contencioso administrativa, consagra más bien “los fines de la jurisdicción”, pues busca “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, y la preservación del orden jurídico”.²⁴¹

De modo que el objeto del recurso se encuentra realmente desarrollado en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, el cual contiene un enunciado general que señala lo siguiente: “la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes

de la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de aplicar un criterio orgánico en los casos que así se considerara pertinente para evitar controversias sobre la competencia, y en particular en materia de responsabilidad contractual y extracontractual”. Véase, El Objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en Memorias del Seminario Internacional de presentación la Ley 1437 de 2011, op cit., 279-283.

²⁴⁰ Señala este autor, que pese a que se busca que los problemas se solucionen en lo posible en sede administrativa a través de diferentes mecanismos introducidos en la Ley (Por ejemplo, los grupos especializados para preparar la decisión de los recursos, con el objeto de evitar un litigio en la vía jurisdiccional – artículo 82) Sin embargo, “para cuando haya que acudir al juez se presenta una nueva regulación del proceso contencioso administrativo, buscando su simplificación y pronta resolución. Para ello, por ejemplo, se suprime el requisito de fijación en lista y se institucionaliza un sistema mixto de trámite que conjuga elementos escritos y orales, los primeros al momento de la presentación de la demanda, su traslado y contestación. Se establece que el esquema de oralidad se debe desarrollar a través de tres audiencias de imperativo cumplimiento y continuidad, bajo la suprema dirección del juez, a saber: una audiencia preliminar para insistir en la conciliación, la fijación de la Litis, el saneamiento del proceso y la admisión y el decreto de pruebas, entre otras actuaciones; una segunda para la práctica de pruebas dentro de un novedoso esquema, especialmente en lo relacionado con los dictámenes periciales; y, una audiencia final de juzgamiento y fallo. La estructura normativa de estas audiencias y la posibilidad de que el juez en ciertos procesos pueda optar por la supresión de la audiencia de pruebas, hacen que el trámite se agilice para que las decisiones sean oportunas y de fondo”. Ibídem.

²⁴¹ “Art. 103. **Objeto y principios.** Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este código deberán observarse los principios constitucionales y los de derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Quien acuda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este código.”

especiales, de las controversias y litigios originados en **actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo**, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. (Lo resaltado es nuestro).

A continuación, el artículo contiene un apartado que enumera una serie de procesos adicionales sobre diferentes temas puntuales, sobre los cuales también conoce la jurisdicción contencioso administrativa, para que no existan dudas sobre la competencia de dicha jurisdicción con relación a aspectos que bien podrían estar incluidos en la cláusula general arriba transcrita,²⁴² mientras que el artículo 105, contiene un listado de materias o asuntos sobre los cuales no conocerá la jurisdicción contencioso administrativa.²⁴³

²⁴² “Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejecución de funciones propias del Estado.
 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.
 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.
 5. Los que se originen en actos políticos y de gobierno.
 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiera sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.
 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.
- PAR.-Para los solos efectos de este código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación, las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital, y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

²⁴³ “Artículo 105. Excepciones. La jurisdicción de lo contencioso administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.
2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado.
3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.
4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales”.

Antes de continuar con el análisis del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, nos gustaría destacar aspectos del discurso inaugural del Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, (realizado por el Consejo de Estado, previo a la aprobación de la Ley 1437 de 2011), pronunciado por **Enrique Gil Botero**, Consejero de Estado, ya que dedicó gran parte del mismo a desarrollar algunas apreciaciones en torno al objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y lo que debería ser a partir de la evolución que ha tenido en Colombia con la nueva ley de 2011.

Este jurista destacó que la jurisdicción contencioso administrativa en sus inicios (leyes 130 de 1913 y 6 de 1914) se encargó exclusivamente del control de la legalidad de manifestaciones unilaterales de las administraciones públicas, así como a lo relativo a la responsabilidad originada en la ilegalidad de actos administrativos. Sin embargo, con la evolución que ha tenido la tutela judicial efectiva con el Decreto 01 de 1984 y sus reformas, introducidas hasta antes de la aprobación del nuevo código de 2011, mientras en algunas latitudes se habla de una “huida del derecho administrativo” e inclusive de una “huida de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, pareciera que en Colombia, se presenta un proceso inverso, una especie de “acogida”, donde la jurisdicción colombiana cada vez conoce de más y diversas problemáticas jurídicas, e indicó que el problema mayor de todo esto es de carácter conceptual, ya que la Constitución Política colombiana al referirse a lo “contencioso administrativo”, no traza unos linderos orientadores, como lo hace con la Corte Constitucional, por lo que el contencioso se convierte en un asunto que debe ser desarrollado por la Ley.²⁴⁴ De manera que frente a la multitud de normas

²⁴⁴ De la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **ARTICULO 236.** El Consejo de Estado tendrá el número impar de Magistrados que determine la ley. El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley. La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna. **ARTICULO 237.** Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.
 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.
- En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.
4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.

legales que atribuyen competencia al contencioso, adquiere una enorme importancia la norma o normas que contengan cláusulas generales de competencia, que representen no sólo la identificación de un criterio para llenar lagunas y vacíos legales, sino también un referente conceptual que le brinde fisonomía y esencia al contencioso administrativo, pero sobre todo, expresó que más allá de un problema doctrinal, es un asunto necesario para comprender los alcances de una forma de “decir del derecho” en el seno de una jurisdicción distinta a la ordinaria, a la constitucional y a las especiales.

Destaca que las modificaciones sufridas por el artículo 82 del Decreto 01 de 1984 han servido para afinar la delimitación del contencioso en Colombia, ya que antes de la expedición de la Ley 1107 de 2006 (norma que modificó el Decreto 01), se mantuvo una idea material de la jurisdicción de lo contencioso administrativo identificada con el criterio de función administrativa, (como se puede observar en el cuadro abajo). Las dificultades que empezó a generar el alcance de este concepto y su ambigüedad, produjeron críticas que dieron lugar a una reforma legal que introdujo un criterio orgánico, según el cual, la jurisdicción de lo contencioso administrativo pasó a ser el juez de las entidades públicas, y la ambigüedad ahora se trasladó del concepto de función pública al de entidad pública, por lo que las dudas sobre el objeto de la jurisdicción continúan presentes, de modo que el reto más importantes de la reforma al Código Contencioso Administrativo para este Consejero de Estado, es la configuración de unas disposiciones legales que coadyuven a una definitiva claridad sobre la materia, que eviten controversias como las aludidas, y que otorguen claridad conceptual sobre su esencia.

5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

7. Adicionado por el art. 8, Acto Legislativo 01 de 2009, **con el siguiente texto:** Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.

Parágrafo. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.

En consecuencia, considera, que el nuevo artículo 82, no puede construirse para solucionar un específico problema de competencias, sino que debe contener una filosofía que permita comprender la jurisdicción y de manera específica, aplicar de forma cierta las normas sobre competencias en la medida de lo posible. Y para terminar, expresó respecto a la nueva legislación, que la determinación de un criterio material como en el pasado, u orgánico como el previo a la Ley 1437 de 2011, no puede resolverse con base en convicciones personales, y mucho menos, coyunturales, sino que debe hacerse en cambio, con plena comprensión de las distintas acciones que se ventilarán ante el contencioso administrativo, y la forma como ellas se estructurarán en los distintos órdenes de la jurisdicción, de modo que la comprensión entonces de las acciones, por una parte resarcitorias y por la otra, propiciadoras de juicios objetivos de legalidad (en un sentido amplio), resulta fundamental para la construcción de unas normas que regulen el objeto del contencioso administrativo, que sirvan para dar respuesta a la configuración constitucional, y a los principios, valores y derechos contenidos en ella que le sirven de sustento a la jurisdicción contencioso administrativa²⁴⁵, por lo que el trabajo que ya se ha hecho sobre este tema, por parte de los honorables miembros de la subcomisión respectiva, ha sido consciente de este enfoque, y ello, sin duda alguna, constituye un importantísimo punto de partida.

Abajo se puede observar un cuadro con la evolución que ha tenido en Colombia la cláusula que establece y delimita el objeto del contencioso administrativo.

²⁴⁵ Por ejemplo, el artículo 209 de la Constitución Colombiana de 1991, señala que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”. En cuanto a la delegación de competencias estatales el artículo 211, indica lo siguiente: “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios”.

Texto original del artículo 82 del Decreto 01 de 1984	Texto subrogado por el Decreto 2304 de 1989	Texto subrogado por la Ley 446 de 1998.	Texto modificado por la Ley 1107 de 2006	Artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.
<p>“La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución Política y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno. La jurisdicción en lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario”.</p>	<p>“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley. Esta Jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la Ley”.</p>	<p>“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley”.</p>	<p>“La jurisdicción de lo contencioso administrativo esta instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisprudencial”</p>	<p>“La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.</p> <p>Igualmente conocerá de los siguientes procesos:</p> <p>1...</p> <p>2...</p> <p>3...</p> <p>PAR.- Para los solos efectos de este código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital”.</p>

1. El Acto Administrativo dentro del nuevo objeto de la Jurisdicción contencioso administrativa

En el cuadro de arriba, se puede observar gráficamente la evolución normativa que ha tenido el objeto del contencioso administrativo en Colombia. Se ve con claridad cómo se transitó de una jurisdicción que juzga controversias originadas en actos y hechos administrativos, lo que podría considerarse una jurisdicción revisora de actos administrativos, a una jurisdicción que conoce de controversias sobre actuaciones administrativas, para terminar siendo una jurisdicción que tiene competencia sobre controversias y litigios sobre actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetas al derecho administrativo. Como se puede ver, en el nuevo Código de 2011, ya no se habla de actuaciones, sino que se vuelve al concepto de acto administrativo como objeto del contencioso administrativo, lo cual puede obedecer a que con la ampliación del objeto del mismo, las controversias que surjan con motivo de la emisión de un acto administrativo representan uno más de los objetos de tutela del contencioso administrativo.²⁴⁶

Lo anterior habría que conectarlo con los artículos de la Constitución colombiana de 1991, ya que el artículo 236, regula el Consejo de Estado, pero como lo resalta **Cárdenas Mejía**, no define la jurisdicción contencioso administrativa, limitándose a disponer, que al Consejo le corresponde desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. Sin embargo hay que destacar, que sí se establece expresamente en el artículo 238, que le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el control de los actos administrativos, al atribuírsele expresamente la facultad de suspender los efectos de los actos administrativos, lo cual implica, según este autor, “que corresponde al legislador determinar el objeto de la jurisdicción teniendo en cuenta que constitucionalmente su objeto comprende necesariamente los actos administrativos”.²⁴⁷

²⁴⁶ “**Artículo 238.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

²⁴⁷ Véase **Cárdenas Mejía**, Juan Pablo, op cit., p. 275-277.

Santofimio Gamboa, respecto al papel del acto administrativo en la legislación vigente hasta 2011, en el estudio que hace de la legislación de 1984 en su obra; defiende que el contencioso administrativo colombiano con la evolución de esta normativa dejó de ser un controlador de la legalidad formal de los actos administrativos, ya que con el tiempo, la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo ha transformado el tradicional principio de legalidad de origen francés, tomando en cuenta las nuevas necesidades del Estado Constitucional, en el principio de prevalencia del derecho sobre la simple legalidad formal, un particular concepto de legalidad y de necesario sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico que involucra irremediabilmente las normas constitucionales, al igual que los principios y valores en que esta se sustenta. En palabras del autor, “cada decisión de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, involucra siempre, quíerese o no, la Constitución Política, sus normas, fuentes, principios y bases sustentadoras”.²⁴⁸

En cuanto al objeto de la jurisdicción contencioso administrativa antes de la reforma introducida por la Ley 1437 de 2011 y el papel que ocupa el acto administrativo dentro del mismo, del análisis que hace el autor sobre dicho objeto, se puede concluir que el acto administrativo era una más de las actuaciones objeto de control, pero ocupando una posición privilegiada dentro del sistema de acciones. De hecho señala que dicho objeto en Colombia resulta *sui generis* dentro del derecho comparado en la medida que recoge tanto el control de legalidad como de constitucionalidad, al igual que el de los derechos subjetivos de los asociados, a lo que hay que agregar las connotaciones que adquiere frente a la defensa de los intereses generales y difusos con la atribución de competencias en materia de acciones populares, de grupo, de cumplimiento, de protección a los derechos fundamentales, entre otros, lo cual hace realmente compleja la estructuración del objeto de esta jurisdicción en el derecho colombiano, fundamentalmente si se toma como modelo los diseños originados en el derecho francés.²⁴⁹

²⁴⁸ **Santofimio Gamboa**, op cit. p. 54-56.

²⁴⁹ Haciendo un análisis histórico del objeto del contencioso administrativo en Colombia, sostiene “que la alternativa del control contencioso administrativo colombiano es el producto del perfeccionamiento al modelo impuesto de manera intempestiva y sin mayores discusiones por el legislador de 1914, el cual con la experiencia acumulada, y sobre todo congruente con nuestras realidades políticas e institucionales, se amplió significativamente, constituyéndose en punto de

Señala este autor, que formalmente el objeto específico y tradicional de esta jurisdicción en cuanto juez de la legalidad y de los derechos subjetivos se encuentra determinado por el constituyente (1991) en el artículo 237.1. C.N. al admitir la existencia de una jurisdicción especializada para el conocimiento de los litigios que se generen en el ejercicio de la función administrativa a cuya cabeza debe estar el Consejo de Estado, y por el legislador, en los artículos 82 y 83 CCA, al entenderla como un presupuesto de garantía para la seguridad jurídica de los asociados en sus relaciones con la Administración, y como un instrumento para el control de la legalidad y de respeto a los derechos subjetivos, a la cual se le atribuye la posibilidad de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas (actos, hechos, operaciones, ocupaciones, contratos de la Administración) y de las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, sean estos contenidos en simples actos administrativos u originados en controversias provenientes de actos políticos o de gobierno. Este es el objeto que se deduce de los artículos básicos del Código Contencioso Administrativo (previo a la aprobación de la Ley 1437 de 2011) sobre la materia, aunque expresamente no se señale de esta manera.

En consecuencia, señala, que a pesar de lo abarcador que parezca el objeto en el Decreto 01 de 1984, es de advertir que el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa en el derecho colombiano, resulta insuficiente, en cuanto las tres disposiciones mencionadas, no muestran el alcance definitivo y preciso que la institución ha adquirido entre nosotros, lo cual obliga a que el estudio del objeto de la jurisdicción especializada para los asuntos administrativos se deba abordar a partir de un análisis sistemático del texto constitucional y de las normas legales que lo han desarrollado, principalmente en el tema de las acciones constitucionales y de las funciones del contencioso administrativo como juez constitucional.²⁵⁰

conjunción de asuntos de naturaleza variada. Estas circunstancias hacen que la institución haya roto, para nuestro derecho, los dogmas históricos que inspiraron este tipo de justicia, sobre todo en el derecho francés, caracterizándose en la actualidad por su amplitud de conocimiento en temas neurálgicos para la convivencia ciudadana y la gran pluralidad de acciones subjetivas, de nulidad protección a los intereses generales y los derechos fundamentales que le han sido atribuidas para estos propósitos”.

²⁵⁰ Véase **Santofimio Gamboa**, *Ibidem*, p. 70-72.

El acto administrativo tanto expreso como presunto o ficto, en el nuevo Código, representan el objeto del procedimiento administrativo, pero para efectos del acceso al contencioso administrativo, su tutela es parte del objeto del contencioso a través de variadas pretensiones, entre ellas la de nulidad y restablecimiento del derecho, que permite solicitar la nulidad y a la vez la restitución del derecho subjetivo vulnerado, no obstante, dentro de las catorce (14) pretensiones contempladas en la Ley, hay espacio para demandar la nulidad de actos administrativos puntuales, a través de la invocación de multiplicidad de pretensiones.

Es necesario recordar que en la legislación colombiana no hay un concepto legal de acto administrativo, como ocurre en la legislación panameña, y lo mencionamos en el capítulo primero, sino un conjunto de normas dentro de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que permiten configurarlo. De manera que en la parte primera de este Código se observan normas que definen lo que debe entenderse por “acto definitivo”, indicando que se trata de “los que decidan directamente o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible su continuación”, dejando atrás como lo destaca **Arboleda Perdomo**, la distinción entre actos definitivos y actos de trámite que contenía el Código de 1984,²⁵¹ manteniéndose como una definición operativa de carácter procesal que delimita qué tipo de actos pueden ser objeto de tutela ante el contencioso administrativo. El nuevo Código, al regular los “recursos contra los

²⁵¹ **Arboleda Perdomo**, op cit. p. 42, “La noción de acto definitivo en el derogado Código Contencioso Administrativo se encontraba como inciso final del artículo 50 que regulaba los recursos contra los actos administrativos que ponían fin a las actuaciones administrativas, en estos términos ‘Son actos definitivos que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla’. Esta regla servía para diferenciar los actos de trámite de los definitivos, con el fin de determinar cuáles eran los actos que tenían recursos por la llamada vía gubernativa y cuáles no, que a su turno eran los que podían ser objeto de demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se trataba de una definición operativa, de carácter estrictamente procesal. A pesar de lo anterior, surgió una interpretación un tanto difícil pues hacía una segunda distinción, entre el acto definitivo y los que resolvían los recursos en la vía gubernativa, de manera que se fue creando una segunda clasificación, la de acto definitivo y acto expedido en la vía gubernativa. El nuevo Código, al cambiar la ubicación y la definición del acto definitivo, buscó entonces mantener la distinción entre actos de trámite y actos definitivos, y englobar dentro de los actos definitivos también los que resuelven recursos, de manera que son actos definitivos el que decide el procedimiento, el que decide el recurso de reposición y, además el que decide el recurso de apelación. Todos ellos, en su conjunto, cuando hay recursos, definen la actuación administrativa, por lo que a más de ser procedente la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa deben demandarse todos. Entonces, son actos definitivos los que resuelven el fondo del asunto, esto es, tratan el objeto de la actuación que hace referencia a la existencia y los efectos de una relación jurídica sustancial sobre la cual recae el acto administrativo pedido, y de trámite todos los demás”.

actos administrativos”, señala en su artículo 74, que caben “por regla general contra los actos definitivos”. Resulta también interesante destacar que se regula de manera expresa en el nuevo Código el “acto administrativo electrónico”.²⁵²

2. El control de las omisiones y la inactividad administrativa en la legislación colombiana

El artículo 103 de la Ley 1437 de 2001, señala que “Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene por objeto la efectividad de los derechos **reconocidos en la Constitución Política**, y la ley y la preservación del orden jurídico”, (Lo resaltado es nuestro), y el artículo 104, indica que “la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer **además de lo dispuesto en la Constitución Política** y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo...”. (Lo resaltado es nuestro).

Como veremos más adelante, la interpretación que se hace de los litigios originados en las omisiones a los que se refiere este artículo, nada tiene que ver con la inactividad de la Administración como otra de las conductas de las cuales conoce la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que el reconocimiento de su competencia sobre la inactividad administrativa formal o material, viene de la mano de la existencia de la tutela de este derecho directamente en la Constitución Política Colombiana de 1991, a través de la acción de cumplimiento, que tiene en el nuevo Código una pretensión específica en el artículo 146, lo que representa, según **Mejía Alfonso**, una reforma adaptada a la realidad política y jurídica colombiana, una “constitucionalización del derecho administrativo colombiano”, a pesar de que antes de la expedición de esta Constitución, sin que existiera una consagración constitucional de la acción de cumplimiento, en el Decreto 01 de 1984 se reconocía una acción de reparación y de cumplimiento, que permitía reclamar, entre otros, el restablecimiento del derecho, la reparación del daño o el cumplimiento de un deber

²⁵² “Artículo 57. **Acto administrativo electrónico**. Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley”.

que la Administración eludiera, sin embargo, esto último fue suprimido por el Decreto 2304 de 1989, dejando solamente vigente la acción de reparación directa.²⁵³

Sostiene este autor, que ya el legislador había regulado la materia mediante la Ley 393 de 1997, pero era necesario incorporar en el texto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo los principios constitucionales aplicables a las actuaciones administrativas y judiciales, para que hubiese una articulación de la pretensión de cumplimiento administrativa y la acción de cumplimiento constitucional, sin embargo, dicha Ley, que contiene los principios, requisitos y el procedimiento para el ejercicio de la acción de cumplimiento (ahora pretensión de acción de cumplimiento) se mantienen vigentes²⁵⁴.

La Ley 393 regula tanto la acción de cumplimiento de carácter general o acción pública de cumplimiento, como la acción de cumplimiento individual.²⁵⁵ A través de la primera, se puede atacar la inejecución de una norma con fuerza material de ley o un acto administrativo de carácter general. Puede ser presentada por cualquier persona, natural o jurídica. Esta acción permite cuestionar las falencias de la función legislativa y administrativa del Estado cuando las autoridades se niegan o se abstienen de dar observancia a las normas legales o administrativas, y la acción también procede en caso de disposiciones judiciales o procedimientos de aplicación judicial. La finalidad principal de la segunda, es la protección de derechos subjetivos de una persona afectada con la conducta omisiva en un estado de Derecho, imputable a las autoridades públicas o a los particulares que ejercen

²⁵³ Véase **Mejía Alfonso**, Rafael Enrique. Ejecución y vigencia de la ley frente a la actividad administrativa y frente al contencioso administrativo: la acción de cumplimiento en la reforma del CCA. Revista Digital de Derecho Administrativo N°4, segundo semestre/2010, disponible en la WEB: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=2769>, p. 266.

²⁵⁴ Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 393 de 1997, dispone que: “Con el propósito de construir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

²⁵⁵ El artículo 87 de la Constitución Colombiana señala que la acción de cumplimiento constituye un mecanismo constitucional de protección y aplicación de los derechos, que se caracteriza por permitir que se exija judicialmente a las autoridades públicas la realización o el cumplimiento de un deber omitido que se encuentre claramente previsto en la ley o en acto administrativo: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

funciones públicas, y la única persona legitimada para intentarla es el interesado en que cese el desconocimiento de sus derechos. Ambas pretensiones pueden ser presentadas en cualquier tiempo, pues no están sujetas a caducidad.

Adicionalmente, **Mejía Alfonso**, plantea el tema de la práctica judicial que ha utilizado el juez de cumplimiento, denominada “transmutación” de la acción de cumplimiento en acción de tutela²⁵⁶ lo cual está previsto en la Ley 393 de 1997, que como señala este autor, analizando el texto del nuevo Código, se puede concluir que al tener el juez un rol más activo en la fase jurisdiccional dado que lo importante no es la acción sino la pretensión o pretensiones, podrá extender el petitum de la demanda con el fin de declarar la nulidad de los actos que el peticionario acusa de ilegalidad, evitando sentencias inhibitorias, ya que el juez también podrá analizar lo que le solicita el ciudadano en la demanda y deducir el tipo de pretensión. Como ejemplo, cita la decisión del Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Quinta de 15 de marzo de 2001, donde el juez de cumplimiento fue explícito en la aplicación del mencionado principio²⁵⁷, luego de que dos personas habían

²⁵⁶ La Constitución Colombiana de 1991 prevé la acción de tutela en su artículo 86 de la siguiente forma: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. **Arias García** señala que si bien la Ley 1437 de 2011, no se refiere a la tutela de forma expresa dentro del capítulo de medios de control, “lo cierto es que es un mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales que permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento podrá proceder como mecanismo transitorio”. Véase **Arias García**, Fernando. Op cit., p. 205.

²⁵⁷ “Presentada una solicitud de cumplimiento de una norma legal o de un acto administrativo, en caso de que esta resulte improcedente, se debe resolver sobre la violación de los derechos fundamentales que explícita o implícitamente se hubieren planteado, y, además, que los trámites establecidos para las acciones de cumplimiento y de tutela, en lo esencial, no difieren y en ambos se encuentra prevista la intervención de la entidad contra la cual se dirige la acción con el fin de garantizarle a la entidad el derecho a la defensa (...). De esta manera, la Sala decidirá la demanda como si se hubiera ejercido la acción de tutela”.

pedido la reliquidación de su pensión de jubilación mediante la acción de cumplimiento, la cual no era procedente, sin embargo, el juez de cumplimiento afirmó que como se trataba de la violación del derecho fundamental de petición, ordenó seguir el procedimiento de acción de tutela para ordenar a la Administración que se pronunciara sobre la solicitud que había permanecido sin respuesta. Comenta el autor, que el juez administrativo ya había reconocido este principio con anterioridad, aunque tímidamente, en una decisión donde se controvertía sobre la inadecuada prestación del servicio público de salud.²⁵⁸ En el proceso se probó la violación de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y a la asistencia de las personas de la tercera edad. El juez entonces ordenó la protección de los derechos fundamentales a pesar que la acción solicitada en principio fue la acción de cumplimiento.²⁵⁹

3. La modificación del esquema de pretensiones

Como lo señala **Expósito Velez**, uno de los aspectos que ha sufrido mayores modificaciones con la expedición de la Ley 1427 de 2011, es el contencioso subjetivo, que hace referencia a las pretensiones por medio de las cuales no se intenta coadyuvar al mantenimiento del orden jurídico, como lo hace el contencioso objetivo, sino que se busca la reparación de un perjuicio causado a un administrado o a una entidad pública, con la expedición de un acto administrativo, una operación administrativa, un hecho administrativo, o la omisión de una entidad pública, o con la celebración o ejecución de un contrato. Y la novedad de la Ley, resalta, consiste en la transformación de las acciones (nulidad y restablecimiento del derecho, por ejemplo) a pretensiones. Esta necesidad fue sustentada en la exposición de motivos de la Ley con el argumento de darle mayor coherencia a los medios de control, evitando que se niegue el acceso a la justicia administrativa por razones simplemente formales.²⁶⁰

²⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, julio 8 de 1999. C.P.: Carlos Arturo Orjuela Góngora, rad. ACU-789, actor: Sintragobernaciones Seccional, Valle del Cauca.

²⁵⁹ Véase **Mejía Alfonso**, Rafael Enrique. Op cit. p. 287-289.

²⁶⁰ “El proyecto propone cambiar el actual sistema que parte de la existencia de una pluralidad de acciones, por considerar que el derecho a accionar es único, como una de las manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia, de manera que su unificación en un solo esquema procesal evita que se haga nugatorio el acceso a la justicia por equivocaciones, por parte de los

Arias García, en respaldo a lo anterior, indica que esta transformación de acciones en pretensiones no obedece a un mero cambio semántico o gramatical, sino que busca un objetivo de carácter práctico, para evitar las consecuencias que, en vigencia del CCA. (Decreto 01 de 1984) se generaban cuando existía indebida elección de la acción, lo que ha producido desde inadmisión de demandas hasta emisión de sentencias inhibitorias.²⁶¹ De hecho, añade este autor que en determinadas oportunidades, el Consejo de Estado ha expresado que la indebida escogencia de la acción no es un simple defecto formal de la demanda, sino que tiene relación con el debido proceso del posible demandado.²⁶²

Concluye, sobre este tema, que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se reducen las posibilidades de inadmisión por errores en la presentación de la

usuarios, en la selección del medio de control adecuado para acceder a la jurisdicción". **Expósito Vélez**, Juan Carlos. "El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1,437 de 2011) requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del Derecho Administrativo colombiano: la nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y las denominadas controversias contractuales". Revista Digital de Derecho Administrativo N°6, segundo semestre/2011, p.26-27. Disponible en la WEB: http://colombiaaldia.co/estados/boletines/boletin_8_2012/Doctrina/comentarios%20sobre%20el%20nuevo%20codigo%20contencioso.-juan%20carlos%20exposito.pdf

²⁶¹ Véase **Arias García**, Fernando. Estudios de Derecho Procesal Administrativo. Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Grupo Editorial Ibañez y Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2013, p.37-38. Por ejemplo, cita el autor, la sentencia de 8 de febrero de 2012 (Exp.22244). "El Consejo de Estado se inhibe para fallar de fondo por indebida escogencia de la acción, en un proceso de reparación directa iniciado por la Sociedad Ferrocarriles San Andrés y Providencia Ltda., contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En el caso en cita, mediante oficio, el Director Departamental de Tránsito y Transporte del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ordenó la suspensión de actividades del tren turístico de la sociedad Ferrocarriles de San Andrés y Providencia Ltda., por estimar que el Ministerio de Transporte no había homologado aún la prestación del servicio público para esa clase de vehículos....A juicio de la Sala, la acción escogida por parte de la actora, a fin de reclamar los daños y perjuicios que se le habrían causado como consecuencia de la suspensión de actividades del citado automotor, no fue la correcta, pues, como el daño lo origina...lo dispuesto en el precitado oficio DDTT 345 del 23 de abril de 1999, debió acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de que el juez declarara la ilegalidad de ese oficio y, como consecuencia de ello, restableciera el derecho conculcado con dicho acto administrativo. (...) no cualquier escrito denominado demanda pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, pues resulta necesario cumplir con los requisitos que ha dispuesto el ordenamiento legal a fin de configurar una demanda en debida forma. (...) Cuando falta alguno de los presupuestos señalados, como ocurre, por ejemplo, cuando no se escoge adecuadamente la acción procedente para el caso concreto, se configura lo que se conoce como ineptitud sustantiva de la demanda, que impide que el juez se pronuncie de fondo en relación con las pretensiones formuladas por la parte actora. (...) la acción de reparación directa instaurada por el demandante es una vía procesal equivocada, circunstancia que impide a la Sala emitir pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones formuladas por los actores, pues la indebida escogencia de la acción configura una ineptitud sustantiva de la demanda".

²⁶² En este sentido Cfr. Sentencia de 23 de junio de 2010. Exp.85001-23-31-000-1998-00129-01. M.P: Gladys Agudelo Ordóñez, y Sentencia de 16 de agosto de 2012. Exp.25000-23-26-000-1999-00395-01.

demanda, pues el artículo 165 permite la acumulación de diferentes pretensiones siempre que sean conexas y concurren una serie de requisitos, y el artículo 171 señala que “El Juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”, mientras que con la anterior legislación, no es que no estuviere reconocida la figura de la acumulación, pero no existía la posibilidad de acumular pretensiones derivadas de acciones distintas (v.g. nulidad y restablecimiento del derecho con reparación directa), por considerar que debían formularse demandas individuales.

Arboleda Perdomo, sostiene que de hecho, uno de los aspectos más debatidos en la comisión de reformas fue el relacionado con los medios de control, fundamentalmente, la regulación de las denominadas acciones, recursos o vías judiciales para el control de la actividad administrativa. Relata en su obra, que luego de una profunda discusión doctrinal entre los que habían criticado la utilización de la expresión “acción” en el Código Contencioso Administrativo de 1984 y los que defendían la tradición, al final las diferencias aceptadas comúnmente entre la acción y la pretensión²⁶³, permitieron que se reemplazaran las tradicionales acciones por pretensiones procesales.

El otro aspecto que generó una gran discusión y debate en la comisión de reformas, fue el de la dispersión del control judicial de la Administración como consecuencia de la creación, a través de la Constitución Política de 1991, de las denominadas “acciones constitucionales”. Explica este autor de una manera muy clara en su obra, cómo fueron estructuradas las acciones en la Ley 167 de 1941 de lo contencioso administrativo, y en el Decreto 01 de 1984, a partir de dos ejes conceptuales: el tipo de actuación administrativa que genera el daño y el bien jurídico dañado,²⁶⁴ lo que a su vez produjo dos acciones fundamentales: nulidad y

²⁶³ “El ejercicio de la *acción* genera un vínculo o relación jurídica entre el demandante y el Estado, en que aquel tiene derecho a exigir y éste, a su turno, la obligación de producir una sentencia determinada para el caso planteado en la demanda; mientras que la *pretensión* crea una relación jurídica entre el demandante y el demandado, esto es, lo que exigimos de otro; exigencia de la subordinación de un interés ajeno al interés propio”. **Arboleda Perdomo**, op cit., p. 216-217.

²⁶⁴ “Con base en el primero de estos fundamentos, las acciones se clasificaron según la fuente del daño, de manera que para el producido por el acto administrativo se consagraron las acciones de nulidad y la de restablecimiento del derecho, para el originado por el hecho antijurídico de la

restablecimiento del derecho. Sin embargo, en 1991 se elevan a rango constitucional algunas de las acciones o recursos que se habían consagrado por ley, modificándose sustancialmente la protección contenida en algunos de ellos, de modo que al lado de los recursos del Código Contencioso Administrativo, se agregaron otros: la acción de tutela, encargada de proteger los derechos fundamentales cuando el afectado no disponga de otro medio judicial; la acción popular, para proteger los derechos e intereses colectivos; la acción de cumplimiento, para hacer efectivas las leyes y los actos administrativos; la acción de grupo, para proteger el daño que se le ocasione a un determinado grupo de personas; la de responsabilidad por daño antijurídico; la de repetición, para recuperar el pago de los perjuicios causados por culpa grave del funcionario; la de anulación por inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno; la de pérdida de investidura de los congresistas y la electoral.

Se trata de catorce (14) acciones o recursos, ahora convertidos en pretensiones, que tienen como finalidad controlar los diferentes ámbitos de la actividad administrativa del Estado colombiano, bajo el criterio de que para cada tipo de derecho se debía consagrar una acción especial y específica (ahora pretensión), mucho más abierta y flexible. **Valle de la Hoz**, las identifica claramente en su artículo, aclarando que en la actualidad, los medios de control se encuentran determinados en varios de los títulos del nuevo Código, restringiéndolos en algunos casos a determinadas pretensiones.²⁶⁵

Administración se intuyó la de reparación directa, y cuando exista de por medio un contrato se instruyó la contractual. Si el acto administrativo vulnera exclusivamente el derecho objetivo, se está en presencia de la acción de nulidad, independientemente del contenido general o particular del acto, pero si injuria daña al mismo tiempo el derecho objetivo y desconoce un derecho subjetivo, entonces la acción será la de restablecimiento del derecho”.

²⁶⁵ Los medios de control consignados en la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, son los siguientes:

1. Nulidad por Inconstitucionalidad (art. 135); 2. Control Inmediato de Legalidad (art. 136); 3. Simple Nulidad (art. 137); 4. Nulidad y Restablecimiento del Derecho (art. 138); 5. Nulidad Electoral (art. 139); 6. Reparación Directa (art. 140); Controversias Contractuales (art. 141); 7. Repetición (art. 142); 8. Pérdida de Investidura (art. 143); Protección de los derechos e intereses colectivos (art. 144); Reparación de los Perjuicios causados a un Grupo (art. 145); Cumplimiento de normas con fuerza material de ley (art. 146); Nulidad de Cartas de Naturaleza y de las Resoluciones de Autorización de Inscripción (art. 147); Control por vía de Excepción (art. 148).

Vamos a hacer un breve recorrido por las pretensiones que contempla el nuevo Código, que consideramos guardan mayor relación con el objeto de nuestra investigación, tomando en cuenta las transformaciones e innovaciones respecto a lo existente antes de la puesta en vigencia del nuevo Código.

a. Nulidad por inconstitucionalidad

Esta pretensión tal como se observa en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, cabe en contra decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional, y contra los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional²⁶⁶

b. Control inmediato de legalidad

Este control recae, como lo expresa el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, contra las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los “Estados de Excepción”, lo que incluye cualquier clase de acto administrativo de contenido general expedido con base en dichos decretos, de modo que la sentencia puede analizar la legalidad de estos actos administrativos frente a la Constitución, la Ley, y especialmente frente a los decretos legislativos que pretenden desarrollar y reglamentar.

²⁶⁶ Explica **Arboleda Perdomo**, que “este segundo inciso, se refiere a los actos expedidos en virtud de la atribución, a ciertos órganos administrativos, de potestades que en principio podría pensarse que son de carácter legislativo, en razón del fenómeno denominado por la doctrina como *deslegalización*, esto es, el traslado de competencias normativas del Congreso de la República hacia órganos administrativos, que se presenta por ejemplo, con la Junta Directiva del Banco de la República, o el Consejo Superior de la Judicatura, y además de variadas competencias de carácter normativo que de forma transitoria las reformas constitucionales asignan a organismos públicos (por ejemplo, el Acto Legislativo 1 de 2003 en el parágrafo del artículo 12 facultó al Consejo Nacional Electoral para reglamentar las elecciones). Op cit. p. 222-223.

c. Nulidad²⁶⁷

De acuerdo a **Sarria Olcos**, la principal modificación de la Ley 1437 de 2011 en relación con esta acción, ahora pretensión, consiste en permitir que proceda contra actos de carácter general y, solamente por vía de excepción contra actos de contenido particular en cuatro (4) casos muy puntuales:

1. Cuando con la demanda se persiga, o de la sentencia no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo.
2. Se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Si los efectos nocivos el acto administrativo afectan en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la Ley lo consagre expresamente.

Señala esta autora, que la finalidad de esta modificación fue recoger las diferentes tesis jurisprudenciales del Consejo de Estado, desarrolladas desde 1961, cuando por primera vez se planteó la “teoría de los motivos y las finalidades”, para establecer la procedibilidad de las acciones de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho, en ese entonces llamada de plena jurisdicción, para lo cual cita una serie de providencias que contienen criterios sobre dicha teoría,²⁶⁸

²⁶⁷ “Artículo 137. **Nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propia de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

PAR. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente”.

²⁶⁸ Sentencia de 10 de agosto de 1961, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, ponente Carlos Gustavo Arrieta; sentencia de 21 de agosto de 1972, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo Municipal de Sabaneta, ponente Humberto Mora Osejo; Auto de 2 de agosto de 1990, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente 1482, ponente Pablo Cáceres Corrales; sentencia de 16 de mayo de 1991, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S-180, ponente Álvaro Lecompte Luna; sentencia de 26 octubre de 1995, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso

planteada con el objetivo de evitar las constantes discusiones y múltiples interpretaciones, en ocasiones contradictorias (como de hecho ocurre en Panamá) relativas al criterio de que la acción de pura nulidad generalmente se ejerce contra actos de contenido general, mientras que cuando se trata de impugnar actos que afectan derechos subjetivos, es decir actos particulares, se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.²⁶⁹

Arias García, realiza en su obra un interesante recorrido jurisprudencial sobre el tratamiento que se le ha dado a esta teoría, que sirvió de base para la admisión de la acción de nulidad contra actos particulares. Plantea, que mientras estuvo vigente el primer Código Contencioso Administrativo (Ley 130 de 1913) se consideró que la acción de nulidad procedía frente a actos de carácter impersonal y general, mientras que si el acto creaba una situación particular y concreta se contaba con la acción de plena jurisdicción. Con la Ley 167 de 1941 (segundo Código Contencioso Administrativo), se modificó parcialmente el criterio adoptado en 1913. La jurisprudencia del Consejo de Estado, adoptó la “teoría del contenido del acto”, en virtud de la cual si el acto crea situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales, lo procedente era accionar por medio de una acción de nulidad, pero si el contenido del acto era particular, concreto y subjetivo, la acción procedente era la nulidad y restablecimiento del derecho (Estos criterios de forma entremezclada, son los que se siguen actualmente en Panamá, salvo excepciones muy puntuales, como veremos más adelante).

Señala este autor, que la “teoría del contenido del acto” fue la regla que se aplicó hasta 1959 cuando el Consejo de Estado, sin desconocer el criterio de dicha teoría,

Administrativo, Sección Primera, expediente 3332, ponente Libardo Rodríguez; sentencia de 29 de octubre de 1996, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S-404, acto Jesús Pérez González Rubio y otros, ponente Daniel Suárez Hernández; sentencia C-426 de 2002, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; sentencia de 4 de marzo de 2003, Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, radicación 11001032400019990583 02, número interno 30, actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, ponente Manuel Urueta Ayola; sentencia T-836/04, Corte Constitucional, ponente Marco Gerardo Monroy Cabra; Auto de 15 de noviembre de 2007, Consejo de Estado. Sección primera, expediente 2002-000348, actor: Cooperativa Multiactiva de Transportadores de Cota, ponente Marco Antonio Velilla Moreno; Auto de 3 de julio de 2008, Consejo de Estado, Sección Primera, expediente; 2007-00310, actor: Luis Alberto Cano Elorza y Otro, ponente Marco Antonio Velilla Moreno.

²⁶⁹ Véase **Sarria Olcos**, Conzuelo. “¿Acciones o pretensiones contencioso administrativas?” en Revista Digital de Derecho Administrativo N°4, segundo semestre/2010, pp. 99-100, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=2769>

empieza a hablar de los “objetivos y finalidades” de las dos “acciones” como posible nuevo criterio para distinguir las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho,²⁷⁰ hasta que se consolida este nuevo criterio mediante la sentencia del Consejo de Estado de 10 de agosto de 1961²⁷¹ abriendo la posibilidad de interponer la acción de nulidad frente a actos de contenido particular y concreto, siempre que el interés perseguido fuera el de salvaguarda del ordenamiento superior.

A través de diferentes sentencias fueron variando los criterios jurisprudenciales sobre la “teoría de los móviles y finalidades: 22 de abril de 1999 (enumeración de actos particulares contra los cuales cabe acción de nulidad), sentencia de la Corte Constitucional C-426 de 29 de mayo de 2002 (La acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto cuando, la pretensión es exclusivamente el control de legalidad en abstracto del acto, sin que interese que la anulación del acto determine el restablecimiento automático del derecho); lo que modifica el criterio jurisprudencial imperante.²⁷²

²⁷⁰ A través de la sentencia del Consejo de Estado de 1º de diciembre de 1959, la cual no fue aceptada por toda la corporación, ya que como regla general se siguió aplicando la teoría del contenido del acto, se indicó lo siguiente: “La razonabilidad de esa diferencia está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción... la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruista, lo que procura dentro del llamado por ley restablecimiento del derecho, no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial”.

²⁷¹ “No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia (...) los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo. Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas legales asignan a la acción. Es presumible esta similitud.(...) cuando se accione por la vía del contencioso popular de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta directamente a la comunidad (...) Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares (caso en el cual) la doctrina de los motivos y finalidades opera de dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo, el contencioso puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses. (...)”.

²⁷² **Arias García**, señala que la diferencia consiste en que la “interpretación de la Corte Constitucional establece que las restricciones a la procedencia de la acción de nulidad a ciertos actos de contenido particular y concreto, es tema que compete al legislador y no a la jurisprudencia, por lo que reafirma la procedencia de la acción de nulidad contra actos de naturaleza individual cualquiera que sea su

El Consejo de Estado respondió a la Corte Constitucional a través de la sentencia 5684 de 4 de marzo de 2003, rechazando esta postura, por considerar que se estaría desconociendo la institución del decaimiento de los actos administrativos y el principio de agotamiento de la vía gubernativa.²⁷³

Para solucionar estos problemas de interpretación, en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, se eleva a rango legal la tesis jurisprudencial de los “móviles y finalidades” estableciendo cuatro (4) casos en los que excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular, los cuales fueron enumerados (supra)

A pesar de la solución propuesta por la Ley 1437 de 2011, **Arias García**, tomando en cuenta que el criterio de la Corte Constitucional subsiste (en el sentido de que la nulidad procede contra todos los actos particulares cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad) concuerda con lo señalado por **Santofimio** muchos años antes respecto a que el único efecto que genera la aplicabilidad constante de los dos criterios, tanto en el Consejo de Estado (aun posteriormente a la sentencia C-426 de 2002), como en la Corte Constitucional por vía de tutela (frente al desconocimiento de la cosa juzgada constitucional), es “la inseguridad jurídica y la ausencia total de certeza en torno a la utilización de la acción de nulidad frente a actos de contenido particular y la de restablecimiento del derecho frente a actos de contenido general”.²⁷⁴

En concordancia con las críticas a esta teoría, **Bastidas Bárcenas**, señala que más que una doctrina, ha sido una jurisprudencia útil para evitar el abuso de la acción de

contenido, sin que interese que la anulación del acto determine el restablecimiento automático del derecho y sin que sea dable a la jurisprudencia la determinación taxativa de actos de contenido particular donde se ve involucrado el interés general”. Op cit. p. 106.

²⁷³ “El punto de vista de la Corte Constitucional se ve frágil en sus fundamentos e incoherente en sí mismo y con el sistema normativo que regula la materia contencioso administrativa...de esta forma si se acepta esta interpretación se llegaría a manera de ejemplo, a situaciones absurdas como aquella donde se decreta la nulidad del acto de reconocimiento de una pensión manifiestamente ilegal, pero subsiste la obligación del Estado, a pesar que no haya sustento jurídico, de seguir reconociendo los derechos que allí se generaron...se estaría desconociendo la institución del decaimiento de los actos administrativos...en igual forma se desconocería el principio de agotamiento de la vía gubernativa...además se estaría legitimando las vías de hecho administrativas”.

²⁷⁴ **Santofimio Gamboa**, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III, Contencioso Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 152. Cit. por Arias García. Op cit. p. 108.

nulidad en los casos que se solicita para atacar actos de contenido particular cuando la acción propia para ventilar este tipo de actos ya caducó. Ante la omisión de la Ley 167 de 1941 que consagró dicha acción sin especificar que procedía sólo contra actos de contenido general, se originó el problema que pretende resolver el nuevo Código. Sostiene este autor, que lo mejor hubiese sido mantener la tradición jurisprudencial que admitía la acción de simple nulidad para los actos administrativos generales y la acción de plena jurisdicción (nulidad y restablecimiento del derecho) para los actos de contenido particular, poniendo orden en el uso de las acciones, y bloqueando de este modo el nacimiento de la “doctrina de los móviles y finalidades”.²⁷⁵

A pesar de las críticas, ante la existencia de zonas grises, de situaciones excepcionales, y de diferencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la mayoría de los autores consultados concuerdan en que resultaba necesario que el nuevo Código dictara reglas sobre la materia que ayudaran a reducir la inseguridad jurídica.

Esta discusión nos conecta con la siguiente pretensión, en función de que la “teoría de los móviles y finalidades” también encontró refugio en la regulación de la pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

d. La nulidad y restablecimiento del derecho

Expósito Vélez señala, que esta es la pretensión que sigue teniendo como marco la protección del derecho de cualquier persona que busca el resarcimiento por el perjuicio causado por un acto administrativo, y la reparación del derecho conculcado, y en caso de eso no ser posible o resultar insuficiente, la indemnización económica equivalente. El nuevo Código introduce el vocablo “subjetivo” para hacer referencia al derecho que puede ser tutelado por la jurisdicción, y advierte este autor, que esto lo que procura es afianzar la lógica de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho que cumple una doble condición: el mantenimiento del orden legal al buscar

²⁷⁵ Véase **Bastidas Bárcenas**, Hugo Fernando. Los Medios de Control en la Ley 1437 de 2011. Memorias del Seminario Internacional de presentación de la Ley 1437 de 2011, op cit. p. 297-298

la nulidad del acto que se acusa de ilegal, y la tutela efectiva de los derechos e intereses de los particulares sobre los cuales recaen los efectos que producen los actos administrativos. En otras palabras, la búsqueda de la condena a la entidad que profirió el acto administrativo anulado para que responda por los efectos dañinos de la ilegalidad. Dicho acto puede ser expreso, presunto o ficto, y este último, como lo ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, constituye un acto administrativo, al considerarse el silencio como tal, sin que exista un plazo para que sean demandados.²⁷⁶

Otras de las innovaciones del nuevo Código respecto a esta pretensión, es la incorporada en el último párrafo del artículo 138, relacionada con la “teoría de los móviles y finalidades”, producto de construcciones del Consejo de Estado frente a las confrontaciones que se daban en la práctica entre este y la jurisdicción constitucional en relación a si las acciones contencioso administrativas de nulidad y plena jurisdicción (denominación previa a la de nulidad y restablecimiento del derecho) proceden o no indiscriminadamente, contra actos de carácter general y particular. Señala este autor, que de acuerdo a este nuevo criterio,²⁷⁷ el requisito establecido por la jurisprudencia administrativa acerca de que el acto a declarar nulo debe ser de relevancia para la sociedad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 26 de octubre de 1995), no tendría efecto en la interpretación del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en función de

²⁷⁶ “Entonces, dado que jurídicamente se entiende que el silencio de la administración ante la solicitud de reclasificación presentada por el señor Oñate constituye un acto administrativo, y teniendo en cuenta que en la demanda se identifica tal “omisión” como la fuente del daño, lo correcto es demandar tal acto administrativo presunto (...). Por lo dicho y teniendo en cuenta que los actos administrativos presuntos pueden ser demandados en cualquier tiempo, se modificará la providencia impugnada, y en su lugar, se inadmitirá la demanda para que el actor se adecúe al tipo de acción correcta”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 15 de mayo de 2003, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente: 23.490. Citado por **Expósito Vélez**, op cit. p. 31.

²⁷⁷ “Artículo 138. **Nulidad y restablecimiento del derecho.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por éste al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento de acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

que en el mismo no se estableció ningún requisito más allá de la simple confrontación del acto administrativo general con la norma.

De modo, que el nuevo Código permite solventar la disparidad de posiciones existente entre la jurisprudencia constitucional y administrativa, ya que si bien hace referencia a la pretensión de restablecimiento cuando el acto administrativo es de carácter particular, indica que para los casos de actos administrativos de carácter general se puede igualmente aplicar, siempre que la demanda se presente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación.²⁷⁸

Perdomo explica con claridad cómo opera la pretensión contenida en el artículo 138. Indica que se regulan por separado dos situaciones. La que se presenta cuando la violación de los derechos subjetivos la produce un acto administrativo de contenido particular, y aquella que ocurre cuando el acto es de contenido general, y que en principio, solamente el acto administrativo particular puede producir perjuicios de carácter individual y concreto, ya que el de contenido general se aplica a los particulares a través de decisiones individuales, por lo que los perjuicios individualizados solamente pueden producirse al momento de su aplicación. Sin embargo aclara, que pueden haber casos hipotéticos donde un acto administrativo general, ilegal, cause directamente un perjuicio a un particular sin que exista un acto administrativo individual que lo aplique, y en este evento, la norma permite que se demande acumulando la pretensión de nulidad del acto general con la de restablecimiento del derecho ya que la norma ordena, que si hay un acto particular y concreto de aplicación general, deberá demandarse este. De modo que el interesado podrá actuar de dos maneras: acumulando las pretensiones de anulación del acto general con la del acto particular, y solicitando el consecuente restablecimiento del derecho; o también planteando la excepción de ilegalidad del

²⁷⁸ **Arias García**, al respecto, señala que “reconociendo los avances jurisprudenciales en la materia, la Ley 1437 de 2011 clarifica la posibilidad de interponer este medio de control frente a actos generales, pero con un efecto individual en el restablecimiento del derecho o reparación del daño, bajo la condición de que se haga dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación del mismo o de lacto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general. Bajo la Ley 1437 de 2011 también será posible solicitar la inaplicación del acto general que cause perjuicios particulares en razón a su inconstitucionalidad o ilegalidad bajo el medio de control denominado: control por vía de excepción (art. 148. Ley 1437 de 2011). Op cit. p. 116.

acto general con la del acto particular conforme al artículo 148²⁷⁹, pidiendo enseguida la nulidad del acto particular y el restablecimiento del derecho.

Esta “teoría de los móviles y las finalidades” ayudaría en Panamá, mientras se da la reforma integral del sistema de acceso a la justicia contencioso administrativa, a solventar la diferencia de criterios jurisprudenciales existentes sobre la posibilidad o no de demandar actos administrativos particulares a través de recursos objetivos de nulidad, o la situación contraria, de restitución de derechos particulares frente a actos administrativos generales o disposiciones administrativas emitidas por un ente público en ejercicios de funciones administrativas que pudieren violentar de forma indirecta derechos subjetivos.

Por otro lado, en la redacción del artículo 138 de la Ley, también se reconoce la posibilidad de demandar la nulidad de los actos presuntos. El silencio administrativo se regula en el nuevo Código en los artículos 83 al 86, los cuales **Penagos** considera como una reproducción sustancial de las obsoletas normas contenidas en el Decreto 01 de 1984, ya que a pesar de que en la Comisión de Reforma del Código se discutieron tres (3) tesis sobre el silencio administrativo: la primera, la posibilidad de continuar con la regulación del Código de 1984; la segunda, considerarlo como una causal de pérdida de competencia para que el juez decidiera el fondo del asunto; y la tercera, establecer como regla general el silencio positivo, de modo que la falta de decisión se considerara como una decisión favorable al particular. Se decidió mantener en esencia la regulación contenida en el Código de 1984.²⁸⁰

²⁷⁹ “Art. 148. **Control por vía de excepción.** En los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes, los actos administrativos cuando vulneren la Constitución política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo solo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.

²⁸⁰ La Ley 1437 de 2011, regula el silencio administrativo fundamentalmente en tres artículos dentro de la parte que regula el procedimiento administrativo. “Art. 83. **Silencio negativo.** Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiera decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Para **Penagos**, hubiere sido más lógico que se considerara el silencio administrativo como causal de pérdida de competencia de la Administración, en aras de que el juez decidiera sin mayor controversia el asunto, lo que se acerca más a la justicia al evitar mayores dilaciones ante la inactividad administrativa. Adicionalmente, manifiesta en su monografía sobre el tema, que el “país esperaba una verdadera reforma de una figura jurídica tan controversial como el silencio administrativo, que para unos equivale a i) un acto administrativo, para otros ii) una ficción jurídica y para no pocos iii) un acto administrativo tácito”. Con relación a lo anterior, a este autor le resulta inconcebible que un jurista de la era actual, “considere que el silencio administrativo sea un acto administrativo, por cuanto el mismo no es decisión, además no tiene los componentes propios del acto administrativo, esto es, órgano competente, voluntad administrativa, contenido y fin”. Lo que lo llevó incluso a proponer en su obra, siguiendo en gran medida a **García-Trevijano Garnica**,²⁸¹ la “teoría de la invalidez del silencio administrativo”, que critica que se solicite la declaratoria de nulidad de un acto presunto, en virtud de que el silencio administrativo no puede producir efectos legales, por adolecer de vicios graves, y no haberse cumplido las exigencias establecidas por el legislador, por lo que se deben buscar las causas invalidantes del silencio administrativo, relacionadas con el incumplimiento de los requisitos señalados en la ley, que obligaron a invocar tal figura jurídica.²⁸²

Art. 84. **Silencio positivo.** Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso. El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código.

Art. 86. **Silencio administrativo en recursos.** Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas. La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda, cuando el interesado haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria grave”.

²⁸¹ **García-Trevijano Garnica.** E., El silencio administrativo en el derecho español, Madrid, Editorial Civitas, 1990, p. 290 y ss.

²⁸² Véase **Penagos**, Gustavo. El silencio administrativo. Valor Jurídico de sus efectos. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá, Colombia, 2013, p. 3-5 y 183-190.

e. La nulidad electoral

El artículo 139 de la Ley, establece que cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, y los actos de nombramiento que expidan las entidades públicas de todo orden, lo que incluye la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. La norma destaca también, que las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección.

Esta norma considera estas actuaciones electorales como susceptibles de control por parte del Consejo de Estado, considerando que se trata de actividad administrativa, incluso, se sigue, como se observa arriba, la regla general de que los actos administrativos de trámite o intermedios no son acusables ante la jurisdicción, por lo que será necesaria la demanda conjunta del acto que declara la elección junto con la demanda de las irregularidades advertidas en las otras etapas.

f. La reparación directa

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 140, señala que la persona interesada podrá demandar de forma directa, la reparación del daño antijurídico producido por la “acción u omisión de los agentes del Estado”, por lo que debe responder cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier causa imputable a una entidad pública. De igual manera, señala que las entidades públicas deberán promover esta misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la acción de un particular u otra entidad pública.

En cuanto a la interrogante, sobre a qué clase de omisiones se refiere este artículo, **Arboleda Perdomo** al analizar la discusión que llevó a la aprobación del título III de la Ley sobre medios de control, recuerda alguna de las premisas que se plantearon en la Comisión de Reforma con relación a la reparación directa. Se señaló que la

misma ha ido perdiendo su configuración, ya que originalmente estuvo estructurada para deducir la responsabilidad derivada de un hecho de la Administración, pero la jurisprudencia ha ido aceptando que procede para deducir la responsabilidad originada en variados actos administrativos. Sin embargo, esto no parece alcanzar la inactividad de la Administración, ya que como señala este autor, la interpretación de la frase “la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado” debe ser tomada con prudencia y hacerse conforme al segundo inciso del artículo 90 de la Constitución, pues podría interpretarse que en aquellos casos en los que no sea posible determinar el agente que actuó no habría lugar a la reparación, cuando la interpretación correcta es que el Estado debe pagar por los daños que causen sus agentes y repetir contra ellos, cuando actúen con culpa grave o dolo, por lo que la reparación directa no sería la pretensión idónea para recurrir en contra de la inactividad de la Administración.

Entonces, ¿qué pretensión o pretensiones en el nuevo Código servirían para atacar la inactividad de la Administración en Colombia? Esto se seguiría haciendo como veremos abajo, a través de la ahora revisada pretensión de cumplimiento.

g. Cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o de actos administrativos

Como lo señala **Arboleda Perdomo**, en el artículo 146 de la Ley 1437 de 2011, se tipifica la llamada “acción de cumplimiento”, contenida en el artículo 87 de la Constitución Política colombiana que dispone que “toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo”, lo que implica que no se requiere de un interés directo para demandar, e incluye cualesquiera normas aplicables con fuerza material de Ley.²⁸³

Al analizar la respuesta de la legislación colombiana frente a la inactividad de la Administración, hicimos énfasis en la existencia de la Ley 393 de 1997, que desarrolló el artículo de la Constitución arriba transcrito, y se mantiene vigente. Esta norma, regula tanto la acción pública de cumplimiento, como la acción de

²⁸³ Véase **Arboleda Perdomo**, op cit., p. 237-238.

cumplimiento individual, la cual está motivada por el interés particular del individuo en obtener la protección de sus derechos subjetivos vulnerados. Con relación a este derecho, **Mejía Alfonso** sostiene que la reforma introducida en el nuevo Código,²⁸⁴ de forma lógica, no procedió a cambiar el nombre de “acción de cumplimiento”, ya que su denominación viene dada por la Constitución Política de 1991, y su desarrollo legislativo, no obstante, considera que el cambio notable consiste en precisar que de ahora en adelante la acción administrativa es única, pero con pluralidad de pretensiones sin importar el origen de la Litis,²⁸⁵ lo que se traduce en que el ciudadano, haciendo uso de sus derechos, puede ejercitar una acción cuya pretensión sea de cumplimiento, esto es, que esté dirigida a la ejecución efectiva de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos, siempre que se cumpla con la previa constitución de la renuencia de la entidad.

Sobre este requerimiento previo, explica este autor, que equivale a ejercitar el derecho de petición como lo ha señalado de manera sostenida el Consejo de Estado en su jurisprudencia²⁸⁶. Se trata de una prueba preconstituida que sustenta la renuencia al cumplimiento de la obligación legal o del acto administrativo por parte de la autoridad o del particular, que de no aportarse puede generar el rechazo de la solicitud. Es necesario que la autoridad se ratifique en el incumplimiento o que no haya dado respuesta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la petición, sin embargo, el solicitante estará exento del requerimiento, de acuerdo a lo indicado en el artículo 8° de la Ley 393 de 1997, cuando se genere un riesgo de sufrir un perjuicio irremediable (un daño antijurídico o una lesión económica cuantificable o la invocación de un peligro real y concreto), lo cual debe ser sustentado en la demanda que se presente.

²⁸⁴ “Art. 146. **Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos.** Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”.

²⁸⁵ Véase **Mejía Alfonso**, op cit. p. 281-283.

²⁸⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, julio 11 de 2002, C.O.; Manuel Santiago Urueta Ayola, rad 25000-23-26-000-2002-9179-01 (ACU-1464), actor: Sneyder Arturo, Sánchez López. Cit. por Mejía Alfonso, op cit. p. 270.

h. Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción

El artículo 147 de la Ley, expresa que “cualquier persona podrá pedir que se declare la nulidad de cartas de naturaleza y de resoluciones de autorización de inscripción...”, lo que le otorga a estos actos administrativos la categoría de actos condición de carácter particular, de manera que pueden ser demandados por cualquier persona siguiendo las formalidades de la Ley 43 de 1993.²⁸⁷

i. Reparación de los perjuicios causados a un grupo

Sarría Olcos, clasifica junto con la pretensión de cumplimiento, esta pretensión que está regulada en el artículo 145 de la Ley 1437²⁸⁸, como las que se pueden plantear mediante las denominadas acciones que están previstas en la Constitución Nacional (protección de los derechos e intereses colectivos y difusos, y reparación de perjuicios contenidas en el artículo 88 de la Constitución Colombiana) y cuyos elementos están contemplados en gran medida en otra Ley especial, la Ley 472 de 1998.²⁸⁹

De acuerdo a **Arboleda Perdomo**, uno de los temas debatidos en la doctrina, ha sido la posibilidad de que el daño al grupo sea causado por un acto jurídico, unilateral o contractual, lo cual llegó a la Comisión de Reforma del código, la cual como se observa en el artículo, separó los diferentes supuestos. En el párrafo primero se refiere fundamentalmente a hechos que causan perjuicios al grupo, mientras que el segundo párrafo, expresamente se refiere a la afectación a través de

²⁸⁷ “Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

²⁸⁸ “Artículo 145. **Reparación de los perjuicios causados a un grupo.** Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia. Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio”.

²⁸⁹ **Sarría Olcos**, Conzuelo, op cit. p. 104-105.

un “acto administrativo de carácter particular”, haciendo obligatorio que por lo menos alguno de los integrantes del grupo (de mínimo 20) hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio.²⁹⁰

j. Las controversias contractuales

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, contempla como otras pretensiones, las que surjan producto de controversias contractuales, permitiendo que cualquiera de las partes pueda pedir que en un contrato del Estado, “se declare su existencia o nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas...”. La norma hace la pertinente separación entre el tratamiento, para fines procesales de las demandas contra los actos proferidos antes de la celebración del contrato, y las que pueden presentarse contra el propio contrato público como tal, lo cual es muy positivo para lograr mayor coherencia entre la demanda, la pretensión, y la decisión contenida en la sentencia, y su ejecución.²⁹¹

Esto último, según **Expósito Vélez**, representa un cambio significativo respecto a la legislación anterior, en función de que con el nuevo Código, se podrá utilizar una amplitud de pretensiones para controvertir los actos previos. Se podrán invocar las pretensiones de nulidad y/o la de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que se profieran con antelación a la suscripción del contrato, pero se deja abierta la puerta para acudir igualmente a la pretensión de controversias contractuales contra dichos actos siempre que se haya celebrado el contrato. La diferencia estriba en que la forma de ejercitar la pretensión contra dichos actos previos si no se ha suscrito el contrato, viene dada por solicitar la nulidad del acto, mientras que si ya se ha suscrito el contrato, la ilegalidad de los actos previos

²⁹⁰ **Arboleda Perdomo**, Ibídem, p.236-237.

²⁹¹ El artículo 141, señala al respecto., que “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código según sea el caso. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo, podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”. El artículo 137 se refiere a la pretensión de nulidad y el 138, a la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, salvo que estando en ejecución el mismo, se pueda pedir la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto previo sin que afecte la legalidad del contrato²⁹².

k. Otras pretensiones

Sarría Olcos, señala en su artículo, que aunque no se encuentra en el Título sobre “Medios de Control”, cabe mencionar como una pretensión adicional, la posibilidad que establecen los artículos 269 y 270 respecto a la extensión y unificación de la jurisprudencia contencioso administrativa del Consejo de Estado. El artículo 269 establece el procedimiento para que se haga efectivo el contenido del artículo 102 de la Ley 1437, que obliga a las autoridades a extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, mientras que el artículo 270 indica cuando se podrá llevar a cabo este proceso.²⁹³

Considera que se trata de “otra posibilidad que tiene el administrado de acudir a la Jurisdicción Administrativa, no ya para que juzgue las actuaciones de la Administración, en cuanto a su legalidad o constitucionalidad, ni para hacer efectivos sus derechos constitucionales, sino para que se la aplique la jurisprudencia ya establecida por el Consejo de Estado”.²⁹⁴ En este sentido, **Hernández Becerra**, señala que se trata de un práctico sistema de reglas que convierte a la jurisprudencia en una guía segura para que el Estado le otorgue a los ciudadanos un trato más igualitario y justo, además de que constituye una visión innovadora de la jurisprudencia como fuente de Derecho, dirigida a orientar tanto la actividad de las

²⁹² Véase **Expósito Vélez**, op cit. p. 39-43.

²⁹³ “...se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

²⁹⁴ **Sarría Olcos**, Ibídem. p. 108.

autoridades administrativas como la de los propios jueces de la jurisdicción contencioso administrativa.²⁹⁵

C. Críticas al nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo de la Ley 1437 de 2011

En las obras, artículos, memorias, y demás documentos revisados y consultados, no observamos ningún rechazo directo al nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo, planteado por la Ley 1437 de 2011.

Bastidas Bárcenas, más que críticas, sostiene con cierta indiferencia, que el control judicial de la actividad administrativa del Estado o de la actividad del Estado sujeta al derecho administrativo, y la de particulares con funciones administrativas, se venía ejerciendo tradicionalmente por medio de acciones judiciales; un sistema en que cada acción tenía su pertinente pretensión, y el nuevo código propone eliminar esta situación pretendiendo que de ahora en adelante se hable de la acción de lo contencioso administrativo como medio único de control, por medio del cual se habrían de reclamar tantas pretensiones estén autorizadas, de modo que el “nuevo código no crea ningún nuevo medio de control de los ya existentes ni crea una nueva acción judicial bajo el nombre de medio de control, lo que hace es compilar los mecanismos judiciales existentes diseñados para controlar, en general, las actividades tanto jurídicas como materiales del Estado, actividades fundamentalmente regidas por el derecho administrativo”.²⁹⁶

Por otra parte **Expósito Vélez**, si presenta una alerta y solicita tener cuidado con el nuevo esquema de pretensiones, (ya no de acciones) y las consecuencias que puede tener a futuro debido a que parece a simple vista simplificador, pero puede que produzca en la práctica un efecto menos favorecedor, incluso adverso al ciudadano, lo que explica señalando que si bien la multiplicidad de acciones limita la interposición de la acción, por cuanto es posible el rechazo de la admisión de la demanda si hay una equivocación en la acción utilizada, con el nuevo esquema se

²⁹⁵ Véase, **Hernández Becerra**, Augusto. El Nuevo Código y la Constitucionalización del Derecho Administrativo, en Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código, op cit. p. 22- 23.

²⁹⁶ **Bastidas Bárcenas**, op cit, p. 293.

daría el caso de que el juez se pronuncie de fondo, en la sentencia, solamente sobre la pretensión o las pretensiones invocadas. Señala que un caso hipotético se daría “cuando el demandante plantea ante la jurisdicción una reparación directa por los perjuicios que le produjo la ausencia de respuesta de un derecho de petición donde reclamaba la reclasificación laboral del mismo, con la cual obtendría mayores ventajas laborales. A la luz del Decreto 01 de 1984, el juez debía inadmitir la demanda en la medida de que la acción no ha debido dirigirse a la omisión de dar respuesta, sino al acto presunto que se configura por la denegación de lo solicitado por el particular. En este caso, el demandante deberá reformular su acción y presentarla nuevamente ante la jurisdicción. Mientras que si esta misma situación se plantea con la vigente Ley 1437 de 2011, el juez no podrá pronunciarse en la admisión de la demanda frente a tal aspecto, debido a que los casos de inadmisión o rechazo de la demanda se refieren a los requisitos de la demanda que se encuentran en el Capítulo III de la misma, al tenor de lo establecido en el artículo 170 del nuevo Código. Estos requisitos hacen referencia a las formalidades que debe contener el escrito de la demanda, mas no a la utilización debida o indebida de la pretensión, aspecto sobre el cual se pronunciaría el juez en la sentencia”.²⁹⁷

Valle de la Hoz, respecto a la inclusión de las “acciones constitucionales” (Protección de los derechos e intereses colectivos, reparación de los perjuicios causados a un grupo, y la acción de cumplimiento) dentro de los medios de control, como pretensiones en el nuevo código, sostiene que esto no debió darse, debido a que además de generar confusión, cuentan con su propio desarrollo legislativo que se mantiene vigente, donde se especifica que dichas acciones serán de conocimiento de los jueces y tribunales administrativos en los casos en que la acción u omisión que genera el daño provenga de la Administración Pública.²⁹⁸

Con relación al aumento de la litigiosidad con el nuevo esquema de acceso, no encontramos datos estadísticos comparativos, dado lo reciente de la modificación,

²⁹⁷ **Expósito Vélez**, op cit., p. 26-27.

²⁹⁸ Señala al respecto, que “a lo sumo, la mención de estas acciones debió realizarse en relación con los asuntos de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dado que las leyes que las regulan imponen su conocimiento a los Jueces y Tribunales Administrativos en los casos en que la acción u omisión que genera el daño provenga de la Administración Pública; en los demás la competencia está asignada a la Jurisdicción Civil. Op cit. p. 160.

sin embargo concuerdan algunos autores, que con el desarrollo de la doctrina del precedente jurisprudencial que se propone en la Ley 1437 de 2011, entre otras figuras, se contribuirá a garantizar de mejor manera el derecho colectivo a la seguridad jurídica y la predecibilidad de los fallos judiciales. Su aplicación en sede administrativa deberá redundar en mejor servicio, a anticipar y prevenir las demandas contra la Administración frente a sus errores, lo que debe traducirse en una disminución de la litigiosidad originada en actos ilegales, y en una menor congestión de la justicia administrativa.²⁹⁹

²⁹⁹ Véase al respecto, **Hernández Becerra**, Augusto. La Jurisprudencia en el Nuevo Código. Memorias..., Op cit., p. 243-244.

Capítulo III

El acto administrativo en Panamá y el acceso al contencioso administrativo

Título I

Antecedentes históricos y evolución del acceso al contencioso administrativo en Panamá antes de la era republicana

Como lo documenta **Morgan Jr.**, en su obra “Los Recursos Contencioso-Administrativos de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño”, antes de la aprobación de la Ley 135 de 1943, no existía el contencioso-administrativo en Panamá.³⁰⁰ Hasta la aprobación de esta Ley, los ciudadanos no contaban con una protección legal efectiva frente a los abusos en que pudiese incurrir la Administración al dictar actos administrativos o normas reglamentarias.

En nuestro Código Administrativo de 1917 se observan normas de organización administrativa, pero ninguna referencia a una justicia especializada. **Arturo Hoyos**³⁰¹ señala que los artículos 705 y 706 de este código atribuyeron competencias a los tribunales ordinarios para conocer de demandas de ilegalidad de Acuerdos Municipales otorgándole al Presidente de la República la potestad de suspenderlos si los consideraba contrarios a la Constitución o a las leyes, sin embargo, en la gaceta oficial desde sus primeras publicaciones se observa que con anterioridad a la aprobación de este Código existía una justicia administrativa básica que respondía a la aplicación de normas heredadas de Colombia en virtud de la habilitación hecha por el artículo 147 de la Constitución panameña de 1904, y las

³⁰⁰ De hecho, sostiene este autor, que Colombia tampoco tuvo una jurisdicción contencioso-administrativa hasta el año 1904, ya que a pesar que la Constitución de 1886 restableció el Consejo de Estado y le otorgó una nueva atribución; “Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones Contencioso-administrativas, si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primer y única instancia, o ya en grado de apelación...” No se dictó una norma hasta dicha fecha, lo cual se consolidó definitivamente con la aprobación de la Ley 130 de 1913 que contempló todo lo relacionado con esta jurisdicción en Colombia. Véase Morgan jr. Eduardo. “Los Recursos Contencioso-Administrativos de Nulidad y Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño”. Centro de Impresión Educativa, segunda edición, Panamá, 1982, p.27-30.

³⁰¹ **Hoyos**, Arturo. El Derecho Contencioso Administrativo en Panamá (1903-2005): Una introducción Histórica de Derecho Comparado y Jurisprudencial. Editorial Sistemas Jurídicos, Panamá, 2005, p.15.

normas que se fueron aprobando a partir de esta fecha, por lo que haremos un rápido recorrido de esta etapa, dado su valor histórico.

A. De los primeros actos y disposiciones administrativas panameñas y sus mecanismos de control de la legalidad

Luego de nuestra formal separación de Colombia el 3 de noviembre de 1903, se empezaron a dictar los primeros decretos tendientes a la regulación de la Administración Pública. En la gaceta oficial número dos (2) de 1903 (publicada el 20 de noviembre de 1903) se observa la publicación del Decreto Número 14 de 1903 dictado por la Junta Provisional de Gobierno, el cual a su vez reglamenta la emisión de decretos:

“Artículo 4. Cada Ministro reglamentará por medio de Decretos, el servicio de las oficinas de su dependencia, y firmará el Presupuesto de Gastos correspondiente, del cual se enviará copia auténtica al Ministerio del Ramo, para los efectos legales.

Artículo 5. Los **Decretos sobre asuntos de carácter general y demás** que deba expedir la Junta se autorizarán con las firmas de los miembros de ella y de los Ministros de Estado o del Ministro del Despacho respectivo en su caso. **Los Decretos sobre nombramientos de empleados dependientes** del respectivo Ministerio podrán ser dictados por éste y por el Subsecretario correspondiente (El subrayado es nuestro)

En esta gaceta, igualmente se observan publicadas misivas enviadas al Ministro de Justicia como respuesta a una circular a través de la cual le comunicaba a las autoridades en funciones, la conformación de la “Junta de Gobierno Provisional de Gobierno”, cuyos textos vamos a transcribir destacando lo atinente al objeto de nuestra investigación.

“NOTA

Del señor Fiscal Del Circuito á Su Señoría el Ministro de Justicia.

República de Panamá – Fiscalía del Circuito – Número 13 – Panamá,
Noviembre 7 de 1903

Señor Ministro de Justicia.

Presente

El seis de los corrientes tuve la satisfacción de recibir vuestra muy importante Circular número I.º del día anterior, en la cual Su señoría se sirve participarme oficialmente la transformación política que ha dado vida á la REPÚBLICA DE PANAMÁ y la formación de la Junta de Gobierno Provisional de la República, compuesta de los señores don José A. Arango, don Tomás Arias y don Federico Boyd, como á la vez **me informáis de los primeros actos adoptados por la Junta**, en sus Decretos números 3, 4 y 5, respectivamente. (El subrayado es nuestro)

Como istmeño he reconocido el movimiento efectuado y he permanecido en mi puesto de Agente del Ministerio Público en el Circuito de Panamá, á fin de evitar tropiezos en la administración de justicia.

Al acusaros, pues, recibo de vuestra atenta circular, me es altamente grato presentar á la Junta de Gobierno mis sinceras felicitaciones por el fausto acontecimiento de nuestra naciente República y á vos mis congratulaciones por vuestro digno nombramiento para desempeñar el delicado cuanto importante Ministerio de Justicia.

Servíos aceptar las consideraciones de vuestro seguro servidor,

Manuel A. Herrera I.³⁰²

³⁰² Nota similar fue enviada al Ministro de Justicia y publicada en la misma Gaceta Oficial de parte de un Juez Superior:

“Nota

Del señor Juez Superior a su Señoría el Ministro de Justicia.

República de Panamá – Poder Judicial – Juzgado Superior. – Número 790 – Panamá, Noviembre 7 de 1903.

Señor Ministro de Justicia.

Presente.

Por la atenta circular de Su señoría de fecha 5 del presente, que recibí ayer, he quedado oficialmente enterado de la transformación política de donde ha nacido la República de Panamá, y de disposiciones acordadas por la Junta de Gobierno a fin de organizar la administración pública”.

La circular N°3 a la que hace referencia la carta enviada por el Fiscal de Circuito en funciones, acarreó consecuencias jurídicas para los servidores públicos que permanecían en sus puestos luego de proclamada la independencia. Podría decirse que esa circular constituyó uno de los primeros actos administrativos de efectos generales expedidos por la República de Panamá, ya que no puede considerarse como una norma, sino más bien como una comunicación oficial con efectos jurídicos que se agotó con su emisión. Lo cierto es que tuvo consecuencias jurídicas ya que incluso generó la renuncia de algunos funcionarios por no poseer la nacionalidad panameña como se puede observar en la Gaceta Oficial N°2 de 1903³⁰³.

A pesar de la importancia que reviste el derecho administrativo para la organización de la administración pública y para evitar los abusos de la Administración, al parecer en la recién creada República no era una preocupación de la Junta de Gobierno Provisional la aprobación de un Código Administrativo. En la Gaceta Oficial N°3 de 1903 se publicó el Decreto Número 4 de 1903 “por el cual se crean dos comisiones codificadoras”, una con encargo de formar los proyectos de Código Civil y Judicial, y la otra para los de Comercio Terrestre y Marítimo, de Minas y Penal. La labor de ambas comisiones debía estar terminada a más tardar el día 15 de enero de 1904.³⁰⁴

Como ciudadano istmeño he reconocido particularmente el nuevo orden de cosas; y como funcionario del Poder Judicial debo contribuir, en mi humilde concepto, á que la marcha ordenada y regular de la administración de justicia no se interrumpa. Por tal motivo he permanecido en mi puesto, y los empleados subalternos de mi oficina continúan igualmente en el suyo, prometiendo fidelidad á la República de Panamá.

De Su Señoría atento servidor,

Fernando Guardia.

³⁰³ NOTA

Del señor Juez 1.º del Circuito en lo Civil a Su Señoría el Ministro de Justicia.
Panamá, 6 de noviembre de 1903. Señor Ministro de Justicia.

Presente

Mi condición de colombiano no me permite seguir desempeñando las funciones de Juez 1.º de este Circuito en lo Civil. Lo que llevo á conocimiento de Su Señoría a fin de que se llene la vacante oportunamente. Me refiero á la atenta Circular de ese Despacho, número 1º, de fecha de ayer que acabo de recibir.

Sírvase aceptar las consideraciones personales de su atento y seguro servidor,

José María Núñez R.

³⁰⁴ Esta omisión tal vez obedeció a que los constituyentes ya tenían previsto que algunos códigos de la República de Colombia permanecieran vigentes, mientras se hacía un reordenamiento de la

Es positivo destacar, que a través del Decreto 19 de 1903, la Junta de Gobierno Provisional, reguló la constitución y funciones del Poder Judicial, mientras el cuerpo constituyente de la nación aprobara normas sobre este tema. Si bien en este Decreto no se observa la creación de una instancia especial para conocer de las demandas contra actos y disposiciones administrativas en general, del texto de la norma se puede observar que no se deja en total indefensión a los particulares por los abusos de la Administración. El artículo 4 de esta norma señala expresamente que la Corte de Justicia conocerá privativamente, y en una sola instancia:

“1. De las causas de responsabilidad o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas, por los empleados siguientes: los miembros de la Junta de Gobierno Provisional; los Ministros del Despacho Ejecutivo; los Diputados al Cuerpo Legislativo de la República; los Subsecretarios de dicho Cuerpo, entre otros funcionarios que enumera esta norma.”

El numeral 1 del artículo 6°, indica que la Corte conocerá en segunda instancia, por consulta o por cualquier recurso admisible, según la naturaleza del caso, de las causas civiles y criminales que se sigan en primera instancia por los jueces de circuito o por el Juez Superior, y en las cuales haya lugar a recurso de apelación, o de hecho, o de consulta, ya sean de jurisdicción voluntaria o contenciosa.

El numeral 2 del artículo 7°, por su parte, establece como una de las atribuciones de la Corte, **“el decidir definitivamente sobre la validez o nulidad de los actos de los Concejos Municipales, acusados de ser contrarios a la Constitución, o las leyes de la Nación.”** Sin embargo, es necesario destacar que el artículo 27 de este Decreto, les otorga competencias a los Jueces de circuito para conocer en primera instancia de los siguientes asuntos:

“1°...

2°...

organización político-gubernamental panameña, lo cual iba a tomar algún tiempo. De hecho, con fundamento en la habilitación contenida en el artículo 147 de la Constitución de 1904, el Código Administrativo colombiano permaneció vigente en la República de Panamá.

3° **De los asuntos judiciales que no hayan sido atribuidos a otra autoridad.**

4° **Las solicitudes de nulidad de los actos de los Concejos Municipales.**

5° Las causas de responsabilidad contra cualesquiera empleados: salvo los que se juzgan en única instancia por la Corte de Justicia.

6°...”.

El artículo 28 de este Decreto también le otorga facultades a los Jueces de Circuito para conocer en segunda instancia de lo siguiente:

“1°...

2°. De las apelaciones contra autos dictados por recaudadores de rentas no nacionales en asuntos de menor cuantía.

3°...”.

La norma arriba transcrita, sería la limitada estructura normativa que durante el nacimiento de la República, permitiría atacar los actos administrativos y las disposiciones administrativas ilegales o arbitrarias.

La primera Constitución panameña fue aprobada el 13 de febrero de 1904. Esta Constitución en su artículo 74 señala que “**Ningún acto del Presidente de la República**, excepto el de nombramiento o remoción de Secretarios de Estado, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Secretario de Estado del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable”. (Lo resaltado es nuestro).

En cuanto a la estructura gubernativa que se iba a encargarse de emitir actos y disposiciones administrativas luego de aprobada la primera constitución panameña (1904), a través del Decreto N°3 de 1904 que desarrolla el tema de las Secretarías de Estado para el despacho de los negocios que corresponden al Poder Ejecutivo Nacional, se crearon con carácter temporal cuatro Secretarías de Estado: de Gobierno, de Hacienda, de Instrucción Pública y Justicia, de Cosas Públicas y una

serie de departamentos para atender todos los asuntos relacionados con la Administración Pública.³⁰⁵

En la Gaceta Oficial N°5 de 1904 se publicó la Resolución N°6 de 29 de febrero de 1904 la cual fue dictada por la Secretaría de Gobierno del Poder Ejecutivo. Esta resolución hace referencia a un Código Político y Municipal de Colombia cuya vigencia se extendió luego del año 1903, mientras la nueva república dictase sus propias normas.³⁰⁶

Esta resolución es significativa para el objeto de nuestro estudio en función de que en la parte motiva de la misma se señala que el señor Gobernador de la Provincia de Panamá observa en la nota remisiva que el acuerdo número 1, de 27 de enero sobre Presupuesto de Rentas y Gastos expedido por el Consejo Municipal de Chame, señala entre las rentas cobrables el “impuesto a las embarcaciones”, cuya imposición no está autorizada por ninguna disposición legal. De hecho, de acuerdo al Gobernador esto vicia de nulidad al referido Acuerdo. Esta posición es respaldada

³⁰⁵ Adicionalmente, el artículo 2 clasificó los diferentes negocios de administración pública que, con arreglo a la Constitución y Leyes de la República, corresponden al Poder Ejecutivo Nacional en diferentes Departamentos: De Política Interior, De Relaciones Exteriores, De Guerra y Marina, De Correos y Telégrafos, De Negocios Generales, De Instrucción Pública, De Justicia, De Hacienda, Del Tesoro, De Contabilidad, De la Deuda Nacional, de Asuntos Varios, De Obras Públicas, De Estadística, De Tierras, De Higiene, De Beneficencia y Recompensas.

³⁰⁶ El artículo 147 de la Constitución de 1904 establecía que “Todas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes demás disposiciones que estuvieran en vigor al promulgarse esta Constitución continuarán observándose en cuanto no se opongan a ella ni a las leyes de la República de Panamá”. En consecuencia, la Ley 149 de 1888 de la República de Colombia sobre régimen político y municipal se mantuvo vigente en Panamá en todo aquello que no sea contraria a las instituciones de la nueva República.

La Ley 37 de 4 de mayo de 1904, “sobre adopción de Códigos y reformatoria de una disposición del Código Civil” en desarrollo del texto de la constitución arriba transcrito, en su artículo 1 expresa que “Con las reformas ó alteraciones que exija su adaptación a la nomenclatura nacional, y en cuanto no se opongan a los Decretos Legislativos expedidos por la Junta de Gobierno Provisional, á la Constitución y á las leyes de la República de Panamá, continuarán en vigor en la República los Códigos y leyes colombianas que regían en el extinguido Departamento de Panamá al día 3 de noviembre de 1903, excepto el Código de Elecciones. Regirán asimismo en la República, el Código Administrativo del extinguido Estado Soberano de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1870, y las leyes que lo adicionan y reforman, y las Ordenanzas expedidas por las Asambleas del Departamento de Panamá, adicionales y reformativas de aquél y de éstas”. El artículo también aclara que “Los Decretos de carácter provisional legislativo expedidos por el Poder Ejecutivo Colombiano han quedado sin valor por haber surtido sus efectos y en su lugar imperan, en consecuencia las leyes que modificaron o a que hicieran relación. El artículo 2, “autoriza al Presidente de la República para que nombre una Comisión permanente compuesta de tres ciudadanos competentes e idóneos que se encarguen de la redacción de los proyectos de Códigos que han de regir la Nación”.

por la Secretaría de Gobierno con fundamento en que según el artículo 131 de la Constitución recién aprobada, los Concejos Municipales están autorizados para votar las contribuciones y gastos locales, pero con las limitaciones que establezca el sistema rentístico nacional, sin embargo, como el cuerpo legislativo de la Nación no ha tenido tiempo para legislar sobre la materia, se requiere aplicar las disposiciones preexistentes a la Carta Fundamental según ella misma lo preceptúa en su artículo 147. Las condiciones preexistentes a la Constitución referentes a la materia son las que consagra la Ordenanza número 48 de 1898, y como ellas no autorizan a los Municipios para establecer impuestos sobre las embarcaciones, es claro que lo hecho por el Concejo Municipal de Chame en el Acuerdo que se examina no es correcto ni legal, por lo que se resuelve suspender la ejecución del numeral 1° del artículo 1° del Acuerdo número 1° de este año sobre presupuesto de rentas y gastos, expedido por el Concejo Municipal de Chame, que establece un “impuesto sobre las embarcaciones”, y pasar el referido acuerdo al señor Juez 1° del Circuito en lo Civil para que resuelva acerca de su validez o nulidad, lo cual es su competencia conforme lo señalado por el Decreto 19 de 1904.

Esta resolución representaría el primer caso de revocatoria (suspensión) de una disposición administrativa, remitido a un juzgado civil para que decida sobre su validez o nulidad. En la gaceta Número 9 de 1904 se puede observar como la Secretaría de Instrucción Pública dirime una controversia interadministrativa suscitada entre un alcalde y el Inspector de Instrucción Pública.³⁰⁷ En la gaceta número 11 de 1904, aparecen los primeros contratos firmados entre particulares y distintas instituciones del Estado, y en la gaceta N°13, se observa publicada una sentencia de 6 de febrero de 1904 del Juzgado de lo Civil del Circuito de Panamá, la

³⁰⁷ En la Resolución N°2 del 1904 emitida por la Secretaría de Instrucción Pública y Justicia, se indica que “El señor Gobernador de la Provincia de Chiriquí remitió a este Despacho, acompañado de la nota número 68, de tres de los corrientes, el oficio que bajo el número 75, le dirigió el señor Alcalde Municipal de David. El envío de la nota en referencia tiene por objeto someter a la decisión de esta Secretaría la controversia suscitada entre dicho señor Alcalde y el Señor Inspector Provincial de Instrucción Pública con motivo de la compra efectuada por el último de dichos empleados de algunos objetos destinados a los alumnos de las escuelas de dicha ciudad. Sostiene el señor Alcalde, que siendo la provisión de vestidos a los niños indigentes de cargo de los Distritos, debe figurar la partida correspondiente en el presupuesto respectivo. En la parte resolutive se expresó que en la partida destinada para gastos extraordinarios del ramo de instrucción pública puede tener cabida la erogación hecha para proveer de vestidos a los niños indigentes que asistan a las escuelas de David, y se recomendó al señor de Inspector de Instrucción Pública de la Provincia de Chiriquí para que en lo sucesivo vigile la formación de los presupuestos municipales, a fin de que se incluyan en ellos las partidas necesarias para atender este gasto”.

cual declaró nulo el Acuerdo número 2, dictado por la Municipalidad del Distrito de Taboga, a través del cual se aprobó un contrato de arrendamiento de juegos de lotería o quinas, bolos, rifas y gallos, celebrado entre el Personero Municipal de ese Distrito y el señor Santiago Rodríguez Logroño, luego de que este Acuerdo había sido suspendido previamente por el señor Ministro de Gobierno, en virtud de que al momento de aprobarse el contrato aún no había sido determinada la forma en que quedarían organizados los Municipios, ni se ha señalado por consiguiente las rentas que les habrán de corresponder, además de la especial circunstancia de no saberse si los juegos dados en arriendo, por tan largo tiempo (5 años) serán o no autorizados por Ley, y por lo tanto la prudencia aconseja que las municipalidades se abstengan de contraer compromisos por largo tiempo que después pueden ser de imposible cumplimiento, entre otros argumentos como el relacionado a que no revisten los caracteres de legalidad la celebración del contrato y mucho menos el Acuerdo que lo aprueba, en virtud de que se prescindió de la licitación pública que es “la forma designada por la ley para el arrendamiento, como para la enajenación de bienes o rentas del país o de los Municipio, por considerarla, y con razón, como la que mejor consulta la utilidad pública”.

Al final, el Juzgado en su Resolución plantea que se consulte esta decisión a la Corte de Justicia como última instancia en materia de nulidades de acuerdos municipales. Cabe destacar que la Corte de Justicia luego de analizar el caso decidió revocar la sentencia consultada y declarar válido el Acuerdo Municipal sobre la base de que conforme al artículo 218 de la Ley 149 de 1888 (“sobre régimen político y municipal”), los Acuerdos son nulos cuando contravienen disposiciones de la Constitución, de las leyes y de las ordenanzas, y puede el Poder Ejecutivo, por cualquiera de estas causas el suspender su ejecución dentro del término señalado en el artículo 220, y como no parece que por el Acuerdo suspendido se contraría ninguna de las disposiciones antes mencionadas hay que concluir por reconocer su validez, sin que obste estimar con el señor Ministro de Gobierno la inconveniencia transitoria del acto.

En la gaceta oficial N°18 de 1904, aparece publicada la Resolución N°13 de 30 de abril de 1903 a través de la cual se deroga la Resolución número 10 de 19 de abril

ordenándose a que se comunique a los interesados y que se le exija la devolución de la nómina correspondiente para anular el Visto Bueno puesto en ella, y que esto se le comunique al Secretario de Hacienda ya que se otorgó lo solicitado con fundamento en un error involuntario, lo que a nuestro parecer, representa una revocatoria de acto administrativo en sede administrativa.³⁰⁸

En la gaceta oficial N°21 de 1904 se observa la publicación de una petición realizada por el Presidente de la colonia china en Panamá, al Presidente de la República, Manuel Amador Guerrero, sobre la base del artículo 17 de la Constitución de 1904 (Derecho constitucional de petición) en relación con la norma que estableció requisitos para la inmigración de personas provenientes de China, Turquía y Siria. La petición específicamente se refería a la ley promulgada el 18 de marzo referente a la inmigración de los chinos, la cual según el peticionario se dictó con el propósito de impedir la entrada de otros chinos a la República, por lo que no tiene por objeto: “molestar, ni afectar en ningún sentido a los chinos, que, en las condiciones señaladas en el artículo 3°, estuvieron radicados en la República de Panamá, el día de su promulgación. La presencia de los mencionados chinos en esta nación es estrictamente legal y ninguna ley puede tener efecto retroactivo con el fin de hacer ilegal la existencia de ellos aquí. Las anteriores consideraciones me dan motivo para creer que los chinos tienen derecho a que se lleve a cabo el registro de ellos sin producir testigo para los efectos de la identificación...Con el acatamiento debido, me permito sugerir que si Su Excelencia considera indispensable el requisito de los testigos, lo que espero no sea así, se permita a los ciudadanos chinos desempeñen

³⁰⁸ La parte medular de resolución indica lo siguiente: “Con fecha 15 de los corrientes se dirigieron a este Despacho los señores Julio M. Díaz, Luis Hernández, Martín Niño, Moises Bauder, Juan J. de Obaldía, Amador Horacio de León, Gregorio Miró, Bernardo Pasos P, Julio S. de Diego, Reginaldo Lozano R. Camilo A. Ferro, Abundio Arana, Arcadio Lezcano y Eduardo E. Diez, solicitando se les reconociera el sueldo correspondiente a un mes en virtud de haber sido dados de baja del Ejército, por haber quedado excedentes de los cuerpos a que pertenecieron. Este Despacho por Resolución 9 del mismo mes, dando involuntariamente una errónea interpretación a la Ley 17 de este año, reconoció a favor de cada uno de los individuos mencionados una suma igual al sueldo de que disfrutaban mensualmente, mientras estuvieron de servicio activo; y visó las nóminas que tales ex – militares le presentaron, con el objeto de que fuera ordenado el pago de las mismas por el señor Secretario de Hacienda. Este empleado, en la muy atenta nota de fecha 22 del mes en curso, hace notar al suscrito el error involuntario en que había incurrido al hacer el reconocimiento de que se trata, puesto que la Ley 17, que se aplicó para dictar la resolución, no podía comprender a los signatarios del memorial mencionado, desde luego que esa ley no debía regir sino después de promulgada, y esto no había sucedido aún y aunque estuviera vigente tampoco podía comprender individuos que habían sido dados de bajo con anterioridad a la expedición de aquella”.

esa función. Igualmente me permite indicar a Su Excelencia que sería conveniente disponer en todo caso, que no se cobre nada por el registro de personas que se hayan domiciliado en Panamá legalmente y que si contra una esperanza así se hace que el cargo sea puramente nominal no debiendo pasar éste, a lo sumo, de dos pesos por el registro de cada persona”. Adicionalmente se solicitó que el plazo de inscripción se extendiera hasta el primero de agosto de 1904.

Todas las peticiones fueron negadas a través de una resolución (acto administrativo) firmada por el Secretario de Gobierno en representación del Presidente de la República, indicando una por una las razones que no permitían acceder a las peticiones formuladas.³⁰⁹

En la gaceta oficial 22 de 1904 se publicó la Resolución 41 de 15 de febrero de 1904, a través de la cual el Juez Municipal del Distrito de Balboa eleva consulta al Ministerio de Justicia para que emita su criterio sobre el ejercicio del cargo de Juez Municipal por parte de una persona menor de 21 años que ejercía el cargo antes del nacimiento de la República. El Ministro de Justicia manifestó que de acuerdo artículo 18 de la Constitución, la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e

³⁰⁹ “1°. Ni la Ley 6° de este año, ni el Decreto que la reglamenta exigen testigos para la identificación de los chinos,, sirios y turcos; 2°. La prueba testimonial solo se exige por ser necesaria, para comprobar el domicilio de esos mismos individuos, prueba que no debe ser oral sino escrita para que queda constancia de los hechos; 3°. Los testimonios de los chinos, sirios o turcos para comprobar su propio domicilio no son admisibles por falta de imparcialidad. Desde luego que es natural suponer que tiendan a favorecerse mutuamente en la emergencia en que se hallan. Y el favor mutuo que me temo no se refiere a los individuos residentes en el Istmo el 18 de marzo anterior, porque es muy posible que ellos reúnan las condiciones de domiciliados que exige la ley para poder continuar residiendo en el país, sino a las varias personas de esas mismas nacionalidades que inmigraron después de la fecha citada, a quienes la ley impone el deber de expulsar. Sin embargo, pueden admitirse las declaraciones de que se trata, en aquellos casos excepcionales, y solo en ellos, en que no sea posible prescindir de esa clase de testimonios; 4°. No hay disposición alguna que autorice el cobro de derechos por diligencias de inscripción y filiación; 5° La estampilla que se requiere para la Cédula de residencia o vecindad es un gravamen que tiende a compensar un tanto los gastos que causa al Tesoro Público el cumplimiento de una ley a que solo a dado lugar la gran cantidad de residentes y constante inmigración de extranjeros perjudiciales al país; 6°. El uso del papel sellado que se exige a esos mismos extranjeros en sus solicitudes de inscripción y en la prueba de su carácter de domiciliados, no es una novedad, porque ese es un requisito que las leyes comunes prescriben tanto para propios como para extraños en sus gestiones en general, y no es siquiera concebible que un elemento reconocidamente perjudicial se vaya a poner en mejores condiciones que a los demás extranjeros y nacionales; 7° Que el plazo fijado por el Decreto número 35 de este año para la inscripción de los chinos, sirios y turcos es más amplio aún que el fijado por la ley misma, y por lo mismo no sería justificable su prorrogación hasta el 1° de Agosto; y 8°. En fin, que la gestión del memorialista, según lo expuesto, no es fundada, y, por consiguiente, se niega.

indispensable para desempeñar empleos públicos que lleven anexo autoridad y jurisdicción y el artículo 117 del Código de Organización Judicial establece con especialidad que para ser Juez Municipal se requiere ante todo ser ciudadano en ejercicio, conforme al artículo 15 de la Constitución, lo cual requiere ser varón mayor de veintiún años, por lo que siendo esto así, el menor de veintiún años, aún habilitado de edad, no puede desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, porque la habilitación no alcanza hasta los derechos políticos, según el artículo 344 del Código Civil. La Resolución firmada por el Ministro de Justicia, no indica su fundamento legal, pero resulta interesante observar la facultad consultiva de este ministerio sobre la regularidad o no de la designación del funcionario judicial.

En 1904, también se crea y organiza el Tribunal de Cuentas de la República. Esto se realizó a través de la Ley 56 de 26 de mayo de 1904. En su articulado se observa un procedimiento de apelación de sus decisiones ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 70 a 76)³¹⁰ y resulta destacable que este tribunal podía incluso imponer multas, sin embargo la mencionada norma en su artículo 112 señala expresamente que “los autos que dicte el Tribunal de Cuentas sobre imposición de multas no son apelables”, lo cual es una muestra de la discrecionalidad con la que contaba la institución para ejercer su potestad sancionadora.

Luego de este breve recorrido sobre los primeros actos y disposiciones administrativas dictadas en la República de Panamá, resulta importante hacer un

³¹⁰ “Artículo 70. Los autos absolutorios a los responsables, dictados por la Sala de Apelación o Consulta, serán notificados al Procurador General de la República, quien podrá apelar de todos para ante la Corte Suprema de Justicia, dentro de diez días de ser notificados”. “Artículo 71. Será obligación del Procurador introducir el recurso si para ello recibiere excitación del Poder Ejecutivo o de Presidente del Tribunal de Cuentas”. “Artículo 72. De los autos que dicte la Sala de Apelación podrán apelar los Responsables para ante la Corte Suprema de Justicia dentro de los cinco días siguientes a aquel que hubiere sido notificado el respectivo auto de fenecimiento, y se introducirá el recurso por conducto del empleado o funcionario que hubiere hecho la notificación”. “Artículo 73. Los apelantes podrán defenderse por sí o por medio de un apoderado o personero, que constituirán por un memorial debidamente autenticado por el Juez Nacional el cual dirigirá a la Corte Suprema de Justicia o al Tribunal de Cuentas en su caso”. “Artículo 74. Las apelaciones se dirigirán al Tribunal de Cuentas, este dictará inmediatamente que las reciba, una resolución concediendo el recurso si se hubiera intentado en tiempo hábil, y pasará la apelación con las cuentas autos y contestaciones respectivas, a la Corte Suprema de Justicia, cuyas decisiones se llevarán a efecto inmediatamente”. “Artículo 75. La Corte Suprema de Justicia observará el procedimiento prescrito para las apelaciones y consultas de autos interlocutorios en negocios civiles y oír al Procurador General de la República”.

análisis de la jurisprudencia de la época relacionada con el control de la actividad administrativa.

B. Análisis de la jurisprudencia sobre las disposiciones y actos administrativos antes de la República

En Colombia, antes de 1903, como ya lo indicamos, no existía una jurisdicción contencioso administrativa, situación que desde luego era extensiva al Departamento de Panamá. Lo anterior se constata en los Registros Judiciales de la época, los cuales solamente contenían decisiones de la Sala de lo Civil y de lo Criminal. Las demandas por asuntos administrativos entonces eran de conocimiento de los juzgados de lo civil. Tuvimos acceso a los Registros Judiciales del Órgano del Poder Judicial, del Departamento de Panamá, a partir del año 1890 (Registro N°112 en adelante). La revisión de cerca de diez (10) años de jurisprudencia resultó suficiente para entender el panorama existente en relación con la justicia administrativa en la época anterior a nuestro periodo republicano.

En el Registro Judicial de Panamá N° 112 de 1890 (Año III, Vol. III, p. 885) se puede leer el Acuerdo 566 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, emitido en la ciudad de Bogotá el veinte de enero de 1890 como resultado de una consulta dirigida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Panamá con relación a si las multas que deben ingresar en el Tesoro Nacional si no son pagadas dentro de tres días, se convierten estas en arresto a razón de un día por cada peso. La Corte con relación a la consulta contestó lo siguiente: “Conforme al artículo 18 del artículo 47 de la Ley 147 de 1888, es atribución de la Corte resolver las dudas que se le consulten por los Tribunales Superiores, de Distrito y por otros empleados judiciales, relativas a la inteligencia de las leyes de organización y procedimiento judicial, y a los vacíos que se noten en las mismas leyes; pero como la presente consulta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Panamá, no se refiere a las leyes de organización y procedimiento judicial, sino que por medio de ella se pretende que se fije la duración de una pena explicando la inteligencia, de disposiciones del Código

Penal, es claro que la Corte no tiene facultad para ello, y por eso se abstiene de resolverla.³¹¹

A través de auto dictado el doce de julio de 1890, el Tribunal Superior de Distrito Judicial declaró nulo lo actuado por el Juez Privativo de comercio, en virtud de incidente interpuesto por la Compañía Universal del Canal Interoceánico, la cual por tener una naturaleza híbrida no puede considerarse que realice actos de comercio en ciertas circunstancias, por lo que si puede ser demandada en sus actuaciones y omisiones, pero no ante los juzgados de comercio, sino los civiles.³¹²

En acuerdo celebrado por el Tribunal Superior de Justicia de 17 de enero de 1891 se analizó la sentencia elevada a consulta por el Juez de Circuito de Veraguas, la cual declaró nulo el Acuerdo del Distrito Municipal de Santiago, expedido el primero de Julio del año citado, por el cual se da por libre de todo impuesto la harina que se introduzca en aquella ciudad. El Tribunal Superior de forma unánime la confirmó en todas sus partes por contrariar el Acuerdo del Cabildo de Santiago, las leyes y el Decreto Ejecutivo 906 de 22 de noviembre de 1889 y el gubernativo número 18 de 1889.³¹³ Resulta interesante observar, que en el Registro Judicial de 20 de febrero

³¹¹ Además de lo llamativo que resulta la existencia de pena de cárcel por deudas con el fisco, esta facultad de la Corte Suprema en relación con el procedimiento judicial, puede ser considerada como antecedente del recurso de apreciación de validez de orientación francesa que actualmente contempla el Código Judicial panameño.

³¹² “La compañía del Canal tiene su origen de un contrato civil celebrado con el Gobierno de Colombia para la excavación de un Canal Interoceánico a través del suelo del Istmo de Panamá, bajo determinadas condiciones y compromisos, viniendo por consiguiente el Gobierno Civil de la República a ser parte interesada en la empresa. Dicha compañía no está comprendida en ninguna de las operaciones comerciales detalladas en el artículo 20 del Código de Comercio. Esta Compañía como cualesquiera otras, puede practicar una o varias operaciones de comercio y por virtud de ellas demandar o ser demandada ante el Juez privativo de Comercio; pero entre poder practicar operaciones comerciales a reputar la misma como comercial, hay notable diferencia. De modo que, no siendo la Compañía del Canal empresa comercial, no le es potestativo al Juez de Comercio el conocimiento de este asunto que ha venido en apelación, de cual debió continuar conociendo como empezó el Juez de lo Civil de Panamá.

³¹³ “En uso de la facultad concedida por el artículo 34 del Decreto Ejecutivo Nacional número 906, de 22 de noviembre de mil ochocientos ochenta y nueve, Julio G. Sierra pidió la nulidad del expresado Acuerdo al Juez del Circuito, cuya solicitud fue coadyuvada por el Agente del Ministerio Público; Y considerando que es prohibido a los Cabildos intervenir en asuntos que no sean de su competencia, según el ordinal 7° del artículo 22 *Ibidem*; Que la harina extranjera que se introduzca al Departamento para su venta, está gravada por la contribución comercial según la Ley 27° de 1879, del Estado de Panamá y los Cabildos carecen de facultad para eximirla del gravamen, aún cuando se importe por buhoneros, quienes tampoco quedan libres del pago de la contribución que imperiosamente tienen que pagar conforme a la Ley 83 de 1888. El Tribunal, atendiendo a los fundamentos de la sentencia consultada y la opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, la confirma en todas sus partes por contrariar el Acuerdo del Cabildo de Santiago a las leyes y al

de 1891 (Año IV, Vol. III. N°146) se publicó otro acuerdo celebrado por el Tribunal Superior de Justicia en virtud de demanda presentada por el Fiscal de Circuito de Chiriquí, contra el Acuerdo número 2 de 30 de agosto de 1890 expedido por el Concejo Municipal de David, por medio del cual se cobra el impuesto de Matadero y Zahurda y apelación de la decisión del juez de circuito³¹⁴ declarando la suspensión del mencionado acuerdo. Como se puede constatar, los acuerdos municipales admitían tanto las demandas de nulidad como de inconstitucionalidad.

Decreto Ejecutivo citado, y al gubernativo número 18 de 1889". Registro Judicial de Panamá, año IV, Volumen III, N°145 de 10 de febrero de 1891. En el Registro Judicial de Panamá, año V, Vol. III, N°173, se puede observar una decisión similar en relación al Acuerdo Número 64 de 1891, emitido por el Concejo Municipal del Distrito de Chame.

³¹⁴ El Acuerdo de 9 de febrero de 1891 señala que el Juzgado acogió la demanda y ordenó que se agregará copia del Decreto Nacional N°452, de 5 de agosto de 1886, sobre degüello, de la Circular de Su Señoría el Ministro de Hacienda, de 5 de febrero de 1887, Sección 1° Ramo de degüello aclaratorio de dicho decreto, lo que nos permite observar la estructura del principio de jerarquía normativa de la época, y entender por qué en las primeras gacetas oficiales se publicaban las circulares emitidas por los ministros de las distintas secretarías y el valor que tenían como documentos aclaratorios con efectos jurídicos. En ese mismo sentido, a través de Acuerdo del Tribunal Superior de 23 de mayo de 1894, (Registro Judicial de Panamá N°297 de 2 de junio de 1894, Año VII, Vol. III, p 627-628) se declaró nulo el Acuerdo número 14 de 1894 expedido por el Concejo Municipal de San Lorenzo, Provincia de Chiriquí en función de que el Decreto número 1° de 1890, en su artículo 261, sobre sistema tributario del Departamento de Panamá, están especificadas las contribuciones que pueden imponer los Concejos; y entre ellas no figura la que pudiera gravar la exportación de los ganados, ni las de Muelles. En consecuencia, el mencionado Acuerdo, por el cual se autoriza a la primera autoridad política del Municipio para que haga todos los contratos necesarios a fin de construir un muelle en dicha localidad y crea con tal objeto una contribución o derecho llamado de Muellaje, es contrario al Código Fiscal y por consiguiente nulo, con arreglo al artículo 218 del Código Político y Municipal (Ley 149 de 1888) En igual sentido, Acuerdo de 16 de octubre de 1894 (Registro Judicial de 27 de octubre de 1894, Año VII, Vol. III, p. 795 – 796), También la decisión de 15 de diciembre de 1894 (Registro Judicial N°327 de 26 de enero de 1895, Año VII, Vol. III, p. 867); Auto de 6 de mayo de 1895, dictado por la Corte Suprema de Colombia (Registro Judicial N°348, Año VII, Vol. III, p. 1035); Acuerdo del Pleno del Tribunal Superior de lo Civil de 13 de julio de 1895 (Registro Judicial N°350 de 13 de julio de 1895, Año VII, Vol. III, p. 1051-1053; Acuerdo del Pleno del Tribunal Superior de lo Civil, de 11 de agosto de 1895. (Registro Judicial N°335, de 24 de agosto de 1895, Año VII, Vol. III, p. 1091-1092); Acuerdo del Pleno del Tribunal Superior de 1 de octubre de 1895 (Suspensión de una Ordenanza Departamental por violar el texto de una Ley – Registro Judicial N°362 de 11 de octubre de 1895, Año VII, Vol. III, p. 1147-1150) ; Acuerdo del Pleno del Tribunal Superior de lo Civil de 24 de septiembre de 1896 (Se confirma la sentencia consultada que declara nulo los artículos 1° y 2° del Acuerdo 14 del Concejo Municipal que crean la Inspección de Policía en la Cabecera del Municipio Capital de la Provincia y se confiere al inspector que se nombre las mismas funciones del Alcalde, a quien reemplazará en las faltas temporales y accidentales (Registro Judicial N°399 de 3 de octubre de 1896, Año VII, Vol.III, p.217).

Ver también Registro Judicial de Panamá N°286 de 17 de marzo de 1894, Año VII, Vol. III, p-531-535, donde se analiza una situación similar con la diferencia de que la sentencia del Juez de Circuito declarando vigente el Acuerdo Municipal N°3 de 1893 expedido por el Concejo Municipal de la Comarca de Balboa en función de que el impuesto cuestionado sobre la exportación de ciertos productos no es un impuesto nuevo, sino que se encontraba ya establecido en la Comarca cuando empezó a regir en el Departamento de Panamá (1° de enero de 1893) en el artículo 239 del Código Político Municipal que señala: "Las Asambleas Departamentales fijarán las rentas y contribuciones que puedan establecer los Municipios sin permitirles gravar objetos gravados por la Nación. Los impuestos existentes hoy se conservarán mientras las Asambleas determinen lo conveniente".

A través de Auto de 27 de abril de 1891³¹⁵, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Panamá, inadmite por motivos formales (corrección de la demanda que no fue realizada a tiempo), demanda presentada por Manuel de Jesús Grimaldo contra el Gobierno del Departamento de Panamá, por la cantidad de dos mil doscientos treinta y ocho pesos treinta centavos (\$2,238.30) lo que estimaba eran los perjuicios, por daño emergente y lucro cesante causado a sus intereses, con motivo del contrato de arrendamiento celebrado el 18 de diciembre de 1884, por el cual adquirió el derecho de cobrar el impuesto que se causaba y debía pagarse por cada cabeza de ganado vacuno, de cerda o lanar que se diera al consumo público en todos los Distritos del entonces Departamento, hoy provincia de Coclé, durante el año de mil ochocientos ochenta y cinco. Con posterioridad, tal como consta en el Registro Judicial de 16 de marzo de 1895, la demanda fue nuevamente interpuesta ante el Tribunal Superior, Sala de lo Civil, el cual mediante sentencia de cinco de marzo de 1895 “oídos los alegatos de las partes, en que se cita en apoyo de la demanda la sentencia de la Suprema Corte Nacional, de seis de Abril de mil ochocientos ochenta y ocho (Gaceta Judicial número 68 de ese año), y aunque el representante del Fisco pide se condene en los términos en que se ha deducido la acción, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, condena al Tesoro del Departamento a pagar a Manuel de Jesús Grimaldo, los perjuicios que éste sufrió con el decreto del Jefe Civil y Militar del extinguido Estado de Panamá, de cuatro de Mayo de mil ochocientos ochenta y cinco...teniendo en consideración las pruebas del expediente, y que el valor del contrato en esa fecha había quedado reducido a la suma de cuatro mil doscientos sesenta y seis pesos ochenta centavos (\$4,266.80), como se ha visto; y se absuelve al mismo tesoro de los demás cargos de la demanda”.³¹⁶

³¹⁵ Registro Judicial de Panamá, Año V, Vol. III, N°161 de 20 de julio de 1891, p.1,277.

³¹⁶ Registro Judicial del Órgano del Poder Judicial del Departamento N°334 de 16 de marzo de 1895, Año VII, Vol. III, p. 924-926. En el Registro Judicial N°433 de 14 de octubre de 1897, Año VII, Vol. III, p. 213, se puede observar una demanda interpuesta por Julio Santo Dominio Navas a nombre y en representación de “The Panamá And Trading Development Company” contra el Gobierno del Departamento para que le fuesen resarcidos a través de indemnización, los perjuicios que le ocasionó el Gobierno en concepto de daño emergente y lucro cesante, la negativa de dicho Gobierno a ejecutar las obras o reparaciones mayores a causa de los desperfectos que le ocasionó al Municipio de Colón el incendio de 23 de marzo de 1896 cuyo usufructo le había sido concedido. En este caso el Tribunal Superior absolvió al Municipio de Panamá.

En el año 1897, se observa en el Registro Judicial una demanda contra el Municipio de Panamá por el no reconocimiento de unas órdenes de pago endosadas a favor de un tercero. El Tribunal Superior en consulta confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, y negó la solicitud de que el Municipio de Panamá fuere condenado a pagar las costas del juicio ya que “aunque realmente hubiera sido temeraria al sostener la Litis, no podría accederse a lo solicitado, porque se trata de un Municipio, y estos no pueden ser condenados en costas por prohibirlo de una manera terminante el artículo 35 de la ley 100 de 1890.”³¹⁷

En el Registro Judicial N°184 de 20 de marzo de 1892, se mantiene un debate interesante sobre la legalidad de una ordenanza expedida por la Asamblea Departamental, a consecuencia de una Resolución proferida por el Tribunal Superior en Sala de Acuerdo, con motivo de la solicitud hecha por varios vecinos del Municipio de Donoso, para que se suspenda el artículo 2° de la Ordenanza número 11, expedida por dicha Asamblea por la cual se demarcó la línea divisoria entre las Provincias de Colón y Coclé. El Tribunal Superior, en razón de estar vigente en esta Sección de la República, el Código Político y Municipal, resolvió abstenerse de decretar la suspensión solicitada, por cuanto a su juicio solo podía efectuarse dicha suspensión (artículo 75 de la Ley 147 de 1888) cuando los particulares los denuncien como lesivas de derechos civiles, no obstante la Corte Suprema de Justicia, luego de ser consultada sobre esta Resolución, resolvió que el Tribunal si era competente para decretar o no la suspensión solicitada, y ordenó devolverle los autos para que resolviese sobre la suspensión solicitada. En consecuencia, pasó a examinar la disposición acusada, la cual está concebida en estos términos: “artículo 2°. Las autoridades Superiores de la provincia de Coclé harán los nombramientos de los empleados subalternos del Distrito de Donoso. Queda en estos términos derogada la Ley 14 de 1880”. Los peticionarios alegaron que como el Distrito de Donoso hace parte de la Provincia de Colón por virtud de la Ley 14 de 1880, del extinguido Estado de Panamá, los peticionarios alegan que la variación introducida por la Ordenanza en lo referente al nombramiento de empleados del expresado

³¹⁷ Registro Judicial N°414 de 19 de abril de 1897, Año VII, Vol. III, p. 57-58. Por otro lado, se observa en el Registro Judicial N°480 de 9 de septiembre de 1899, Año XII, Vol. III, p. 309-310, que el Tribunal Superior revocó la sentencia apelada y condenó al Municipio de Emperador al cumplimiento de los contratos celebrados con la señora Clara Guillén y a pagar a la demandante lo que le adeude, por virtud de los expresados contratos.

Distrito, implica una alteración de los límites de aquella Provincia, que no ha podido decretarse sino por el Congreso que es a quien corresponde variar los límites de las Provincias existentes, ya que las Asambleas Departamentales solamente tienen facultad para “crear y suprimir Municipios con arreglo a la clase de población que determine la Ley, y segrega términos municipales consultando los intereses locales”.

Para concluir, sostuvo el Tribunal Superior que aun cuando el nombramiento de empleados subalternos hecho por las autoridades superiores de una Provincia distinta de aquella a cuya circunscripción política general pertenece el Distrito para el cual se hacen tales nombramientos no implica segregación territorial ni de consiguiente, alteración de límites, si trastorna los términos jurisdiccionales de las respectivas secciones, estableciéndose una verdadera intención que no es compatible con la independencia propia e imperativa de que debe disponer cada una de las supradichas secciones, dentro del radio señalado al efecto por la Ley a que deben su existencia o constitución, por lo que se procedió a suspender la Ordenanza Departamental por ser contraria al numeral 7° de la Constitución.³¹⁸

En el Registro Judicial de Panamá, del año 1893, lo que más se observa son decisiones relacionadas con procesos por jurisdicción coactiva. En el Registro Judicial del Departamento de Panamá, publicado por el Órgano del Poder Judicial del Departamento del año VII, Vol.III, N°251, se pueden observar dos incidentes interpuestos en un juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de lo Civil, el 23 de junio de 1893. En ambos el Tribunal declinó su competencia en los juzgados de circuito.³¹⁹ En los sucesivos registros de 1893 (254, 261, 263, 271, 273) se pueden observar apelaciones por ejecuciones por

³¹⁸ Registro Judicial de Panamá, 20 de marzo de 1892, Año V, Vol. III, N°184, p. 1465.

³¹⁹ En ambos casos el Tribunal Superior expresó lo siguiente: “Los empleados con jurisdicción coactiva no tienen la facultad para decidir las excepciones que se propongan en los juicios en que conocen, debe deducirse que tampoco la tienen para resolver las articulaciones é incidentes que con el mismo fin que aquellas se presentan en los mismos juicios. El ordinal 3° del artículo 74 de la Ley 147 de 1888, confiere al Tribunal la facultad de conocer de las apelaciones que interpongan contra los autos ejecutivos dictados por Recaudadores investidos de jurisdicción coactiva, cuando se trata de rentas departamentales. Pero en el presente caso no se apeló del auto ejecutivo. Se pidió como ya se ha dicho, la nulidad del juicio, y se apeló el auto en que se negó esta solicitud. No es, pues, el caso a que se refiere el precepto legalmente citado. Y si en este se trata de la apelación del auto ejecutivo, y no de las que se interpongan en los incidentes del juicio, es de suponerse que esta diferencia consiste en que, debiendo ser decididos tales incidentes por el Juez de Circuito, los recursos que en ellos se concedan, siguen la regla general...”.

jurisdicción coactiva, incidentes por embargo y desembargo, etc. En el Registro Judicial de 1894, se puede ver un Juicio Ordinario seguido por Manuel Jaén contra el Gobierno del Departamento, para que se rescindan ciertos contratos.³²⁰

Ya en la era republicana, le corresponde a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia conocer de las demandas en contra de los Acuerdo Municipales tal como lo señala expresamente la Constitución.³²¹

En el Registro Judicial de 30 de noviembre de 1905, se pueden ver lo que podría representar el primer análisis del ejercicio del derecho de petición por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil. En Sala de Acuerdo, a través del Acuerdo N°53, la Sala declinó competencia en la Sala Criminal para que esta analizara la solicitud de Manuel María Pimentel P., para que le fuese concedida la rehabilitación de sus derechos políticos en los términos del artículo 90 del Código

³²⁰ Manuel Jaén, natural del Distrito Municipal de la Chorrera demandó “en vía ordinaria al Gobierno del Departamento de Panamá, de la República de Colombia, el cual ha subrogado al Gobierno del extinguido Estado Soberano del mismo nombre (artículo 169 e inciso 9° del art. 167 de la ley 149 de 1888 para que se rescindan los contratos de nueve de Octubre de 1878 y de cinco de Marzo de 1881, celebrados por mí con dicho Gobierno, y para que restablecidas las cosas al estado en que estaban antes de la primera de esas fechas, se me indemnicen por los perjuicios consiguientes a la rescisión (artículos 1591 del Código Civil del extinguido Estado, análogo al 1546 del Código Civil vigente)”. Demandó además, las costas, los gastos e intereses. De acuerdo a la sentencia, dijo el actor en su libelo de demanda, que demandaba al Gobierno del Departamento, para que se rescindieran los contratos que celebró con el Gobierno del extinguido Estado de Panamá. “La razón por la cual demando, es por no haber ese Gobierno cumplido por su parte con las obligaciones que contrajo en los referidos contratos. Escojo la rescisión con los perjuicios, en lugar de pedir el cumplimiento de los contratos con los perjuicios, por la imposibilidad en que está hoy el Gobierno de cumplir lo pactado. Han transcurrido más de diez años, y el impuesto que podía cobrar se verificaba paulatina y sucesivamente, circunstancia por la cual, además, el Gobierno está en mora, porque su obligación era de hacer y ha dejado transcurrir muchos años, no solo sin hacer, sino expresando terminantemente que no lo hace”. Para el Tribunal Superior, aunque el demandante dice que demandara la rescisión, esto es, la nulidad de los dos contratos que celebró con el Gobierno del Estado Soberano de Panamá, la causa o la razón de su demanda no es la de que dichos contratos adolezcan de algún vicio que los invalide, que es lo que da lugar a la acción de rescisión, sino la falta de cumplimiento por parte del Gobierno contratante de los referidos contratos, causa de la cual puede deducirse la acción resolutoria, más no la rescisoria, que son distintas acciones. (Registro Judicial del Poder Judicial del Departamento de Panamá, N° 320 de 10 de noviembre de 1894, Año VII, Vol. III, p.813-818.

³²¹ Registro Judicial de la República de Panamá N°50 de 6 de mayo de 1905 (Año III, Vol. II, p. 89-90) La Corte Suprema utiliza como fundamento tanto la Ley 70 de 1904 (de la época republicana) como lo estatuido por el artículo 249 del Código Político y Municipal colombiano (habilitado por la Constitución de 1904) para declarar nulo el Acuerdo Municipal sobre impuestos municipales y penas para los adquirentes de terrenos comunes e indultados, expedido por el Municipio de Pedasí. Ver también Acuerdo N°34 emitido por la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Registro Judicial N°55 de 15 de junio de 1905, Año III, Vol. II, p. 129, que declara nulo un Acuerdo Municipal expedido por el Municipio de Chame. Ver también Registro Judicial N°69 de 25 de septiembre de 1905, Año III, Vol. II, p. 257-260.

Penal vigente en la época. En este mismo Registro Judicial, aparece publicado el Acuerdo N°54, el cual podría representar la primera demanda contra un “acto condición” como lo define la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia panameña por influencia de la doctrina colombiana, a los actos que colocan a una persona en una situación jurídica general, impersonal, objetiva, y en condiciones de ejercer un poder legal³²².

³²² **Molino Mola**, en la segunda edición de su libro: “Legislación Contenciosa-Administrativa Actualizada y Comentada”, expresa, dentro de un apartado dedicado al estudio del “Acto Condición”, que el mismo es “tiene un alcance general y otorga poderes legales o derechos a la persona determinada investida del estatus que señala la ley o el reglamento”. Indica también, que son por su naturaleza situaciones individuales (nombramientos, remociones) pero que también pueden ser bilaterales como lo ha reconocido la jurisprudencia respecto de los contratos (jurisprudencia del año 2000) Estos actos condición, sostiene, que participan de ser una situación individual, pero que usualmente “coloca a una persona en una situación general, permite que se pueda generalmente ejercer contra el acto condición, la acción de nulidad, ya que cualquier persona podrá demandar el acto condición, en razón de que este se basó para su expedición en un norma general que establecía lo requisitos para emitir ese acto y si al emitirlo se violaron las reglas de la ley...”. Molino Mola, Edgardo. “Legislación Contenciosa-Administrativa Actualizada y Comentada”. Universal Books, segunda edición revisada y ampliada, Panamá, 2010, p. 284-285.

Título II

El Acto Administrativo y el acceso a la justicia contencioso-administrativa en la evolución constitucional y legal panameña

A. La Constitución Política de 1904

En la primera constitución panameña, como ya lo hemos señalado, no se desarrolló la estructura del contencioso administrativo. En los antecedentes históricos expuestos, se observa que no era una prioridad de los constituyentes contar con la arquitectura constitucional que permitiera controlar los actos administrativos o las omisiones de la Administración, a través de un ente especializado que aún no formaba parte de la estructura judicial colombiana.

El título V de la Constitución de 1904, titulado “De los poderes Públicos” señala en su artículo 52, que “todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”. El artículo 74, dentro del título VII (Del Poder Ejecutivo) por su parte, señala que “**ningún acto del Presidente de la República**, excepto el de nombramiento ó remoción de Secretarios de Estado, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Secretario de Estado de ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable”. De lo anterior, se colige que la Constitución no hace diferenciación alguna entre actos y disposiciones administrativas emitidas por el Presidente de la República.

En el título de la Constitución de 1904 que regula el Poder Judicial no hay referencia al contencioso administrativo y en cuanto a la estructura judicial que podría permitir atacar los actos o decisiones de la Administración, el artículo 147 de la Constitución previó la posibilidad, como ocurrió por algún tiempo, de que se aplicaran las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuvieron en vigor antes de promulgarse la nueva constitución, en cuanto no se opongan a la misma y a las leyes vigentes, lo que permitió la aplicación de normas colombianas sobre administración pública, mientras se aprobaron las normas panameñas.

Como lo documenta **Arjona**, tratándose de otros actos de la Administración, distintos a los Acuerdos Municipales, la Corte Suprema de Justicia, consideró que ante la ausencia de tribunales especiales de lo contencioso administrativo, le correspondía entonces a la propia Corte la competencia para conocer de las acciones que se interpusieran en contra de los actos dictados por la Administración, sin embargo, esta doctrina jurisprudencial varió mediante una sentencia del año 1924 (19 de abril) que sostuvo que mientras no se instituyera la jurisdicción contencioso administrativa, le estaba vedado a la Corte “pronunciarse sobre la validez de los actos del Poder Ejecutivo, por ser ello contrario al principio de separación de los poderes previsto en la Constitución de 1904”, lo que puede interpretarse como una influencia francesa,³²³ en nuestro sistema, pero sin la solución del Consejo de Estado que fue creado muchos años después de la aprobación de la Ley 16-24 de 1990, que restringió la competencia de los jueces sobre los asuntos contencioso administrativos.

Tuvimos que esperar como país, 17 años, luego del mencionado dictamen jurisprudencial de 1924, para la aprobación de la Constitución de 1941 que ya contempló una jurisdicción contencioso administrativa, y aún dos años más, cuando se decide en 1943 retomar el proyecto de Ley del Doctor José Dolores Moscote de 1920, para la creación de una justicia contencioso-administrativo, lo cual se cristalizó con la aprobación de la Ley 135 de 30 de abril de 1943.

Arjona aclara, que la mencionada posición de la Corte Suprema de Justicia de 1924, no dejó en una situación de desamparo a los administrados, ya que en sentencias posteriores se estableció que el Estado era responsable por los daños y perjuicios que infiriera a los particulares con sus actuaciones y que la indemnización podía ser demandada a través de un juicio ordinario, lo cual fue confirmado en sentencia de 13

³²³ Como lo documenta **Santamaría Pastor**, una de las primeras leyes que dictó la Asamblea Constituyente invocada por los Estados Generales, luego de la Revolución Francesa, fue la Ley 16-24 de agosto de 1790, la que excluyó de la competencia de los jueces civiles todos los asuntos en que la Administración fuera parte, reservándose la misma la facultad de tutelar sus propios actos. Artículo 13: “Las funciones judiciales son independientes y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas. No podrán los jueces sin incurrir en delito de prevaricación, intervenir de ninguna manera en las operaciones de los Cuerpos Administrativos”. Nueve años después se crea el Consejo de Estado con funciones de justicia retenida. **Santamaría Pastor**, Alfonso. Op cit., p. 103-104.

de mayo de 1936 al indicarse que la vía que debía seguirse para el resarcimiento del daño causado por la Administración era el juicio ordinario.³²⁴

B. La Constitución Política de 1941

En el artículo 110 del título VII de esta constitución, se repite el texto de la Constitución de 1904 con relación a que “ningún acto del Presidente de la República, excepto el de nombramiento o remoción de Ministros de Estado, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro de Estado en el ramo respectivo, quien, por el mismo hecho, se constituye responsable”. Sin embargo, se introduce un segundo párrafo a este artículo donde se hace referencia a los mandatos y órdenes que un Ministro de Estado expida dentro de su ramo:

“Los mandatos y órdenes que un Ministro de Estado expida dentro de su ramo, expresando que lo hace por instrucciones u órdenes del Presidente de la República, serán obligatorios y sólo podrán ser invalidados por el mismo Presidente, siempre que no se salgan del límite de las facultades que correspondan al Poder Ejecutivo según la Constitución y la Ley.”

En relación con la justicia administrativa, el título XV de esta constitución desarrolla las “Instituciones de Garantía” introduciendo el control de la constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, así como la acción de amparo en contra de órdenes de hacer o no hacer y se estableció por primera vez “la jurisdicción contencioso administrativa para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todas las autoridades administrativas, entidades políticas descentralizadas o autónomas y autoridades provinciales o municipales”.³²⁵

³²⁴ Ver **Arjona**, Adán Arnulfo. La Evolución de lo Contencioso Administrativo en la Era Republicana. Editorial Iuris, Procuraduría de la Administración, Panamá, 2003, p. 5-8.

³²⁵ Artículo 190 de la Constitución de 1941: “Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todas las autoridades administrativas, entidades políticas descentralizadas o autónomas y autoridades provinciales o municipales. Los juicios contencioso-administrativos solo podrán ser promovidos por parte interesada, afectada o perjudicada por el acto, resolución, orden o disposición cuya ilegalidad se demande”.

A pesar que consideramos que uno de los problemas de congestión que enfrenta la justicia administrativa en Panamá en la actualidad tiene su génesis en este artículo de la Constitución que denomina “Jurisdicción Contencioso Administrativa” a lo que realmente es un conjunto competencial³²⁶, concepción que se mantiene en la Constitución de 1972 y que ha impedido desconcentrar el conocimiento de las causas contencioso administrativas en Tribunales, en la Constitución Política de 1941, en su artículo 192³²⁷, si se previó la creación, a través de la Ley, de tribunales y juzgados a los que les correspondería el conocimiento de la “jurisdicción contencioso-administrativa”, dejando en manos de la Ley el señalarle también a estos tribunales y juzgados sus funciones, competencias y aspectos de procedimiento. A pesar de la remisión a la Ley para el desarrollo de competencias, el artículo 191 estableció la limitación de los Tribunales y Juzgados Contencioso Administrativos de solamente apreciar el acto administrativo para confirmarlo, reformarlo o revocarlo. De hecho en el segundo párrafo de este artículo se le resta a estos tribunales y juzgados la competencia para apreciar las responsabilidades a

³²⁶ **Montero Aroca** expresa respecto a la Jurisdicción, que “Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el concepto de jurisdicción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico...En relación a la unidad de la Jurisdicción señala este autor que teóricamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional podría corresponder a un órgano único, pero, dado que ello es prácticamente imposible, atendida la cantidad de asuntos que deben resolverse, han de existir varios miles de órganos jurisdiccionales a los que se atribuye potestad jurisdiccional. Aparece así la organización judicial y dentro de ella pueden existir distintas clases de tribunales. “Lo anterior supone que cuando se habla, como es usual, de jurisdicción civil, de jurisdicción penal, de jurisdicción ordinaria o de jurisdicciones especiales, por ejemplo, se está partiendo de desconocer lo que sea la jurisdicción. Sí es correcto por el contrario, hablar de tribunales civiles, penales, administrativos, ordinarios, especiales, etc.” Sigue sosteniendo este autor, que la jurisdicción no solo es única, es también indivisible y, por tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad. No se tiene parte de la potestad jurisdiccional, sino que ésta o se tiene o no se tiene. Cuando un órgano del Estado se atribuye jurisdicción, se le atribuye toda la jurisdicción. Lo que puede distribuirse es la competencia sostiene: “Los que entre los tribunales puede distribuirse es el ámbito, la materia, el territorio o la actividad sobre que se ejerce la potestad jurisdiccional. Surge así la noción de competencia...;ésta no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de la jurisdicción que se le atribuye; es la parte sobre la que se ejerce la potestad jurisdiccional. Aunque la jurisdicción no se reparta, si cabe repartir la materia, el territorio y la actividad procesal. Es así posible que la ley disponga que un órgano jurisdiccional conocerá solo de materia civil y otro solo de materia penal; también lo es que la misma ley disponga que la potestad jurisdiccional de un órgano se ejerza en toda España, la de otro en un Comunidad Autónoma, o en una provincia, o en un partido judicial o en un municipio”. **Aroca, Montero** y otros autores. “Derecho Jurisdiccional I, Parte General. Editorial Tirant Lo Blanch, decimocuarta edición, Valencia, 2005, p. 37, 65-66.

³²⁷ “Artículo 192. La Ley creará o designará los tribunales o juzgados a quienes deba corresponder el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, les señalará funciones y competencia y establecerá el procedimiento que deba seguirse”.

que haya lugar en caso de que se decrete la ilegalidad demandada y se revoque el acto, delegando la competencia en los juzgados civiles.³²⁸

Lo anterior representó la posibilidad de desconcentrar las competencias en materia contencioso administrativo, en Tribunales y Juzgados, incluso regionales, pero con la aprobación de la Ley 135 de 1943, a nuestro criterio, no se siguió el mandato constitucional, ya que la Constitución de 1941, le otorgó la potestad a la Ley de crear los **tribunales o juzgados** a los cuales debía corresponder el conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, y de señalarle las funciones, competencias y establecer el procedimiento a seguir, sin embargo, el artículo 1 de la Ley 135 de 1943, creó, en desarrollo del “artículo 192 de la Constitución, un Tribunal de lo contencioso administrativo en la capital de la República, cuya jurisdicción comprenderá todo el país”, el cual estará compuesto de tres magistrados, nombrados por el Presidente por un periodo de seis (6) años, con lo cual, reiteramos, se perdió la oportunidad de crear tribunales regionales y hacer una desconcentración competencial, que parece ser el espíritu que perseguía el artículo 192 de la Constitución al hablar en plural.

C. El Acto Administrativo y el Acceso al Contencioso-Administrativo en la Ley 135 de 30 de abril de 1943

Si analizamos los artículos de la Constitución que sirvieron de fundamento para el desarrollo legislativo de la “jurisdicción contencioso administrativa” a través de la Ley 135 de 1943, veremos que no se hace referencia expresamente al carácter revisor de la jurisdicción recién creada, pero de su articulado sí se puede inferir. De hecho la Constitución de 1941 en su artículo 190 indica que se establece esta jurisdicción para “decidir sobre la legalidad de los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones...”, y el artículo 191, respecto a las funciones del Tribunal o Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, habla de “apreciar el acto en sí mismo, para revocarlo, reformarlo o confirmarlo”.

³²⁸ “Artículo 191. El tribunal o juzgado que ejerza la jurisdicción contencioso-administrativa se limitará a apreciar el acto en sí mismo, revocándolo, reformándolo o confirmándolo. La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar en caso que se declare la ilegalidad demandada, corresponderá a la jurisdicción judicial ordinaria”.

Aunque no se hable de revisión de los actos y disposiciones administrativas, igualmente parece desprenderse del texto de los artículos señalados, que las demandas deben dirigirse contra actos administrativos para que un tribunal los aprecie y decida sobre su ilegalidad o no, lo que podría igualmente interpretarse como una jurisdicción revisora de la legalidad de los actos y disposiciones administrativas, ya que no hay en esta Constitución referencias claras a la defensa de los derechos subjetivos o a los intereses legítimos de los ciudadanos.

Sin embargo, podemos pensar que hubo la intención de construir un contencioso administrativo más amplio, tomando en cuenta, como lo documenta **Arjona**, que el Doctor **José Dolores Moscote** fue uno de los principales redactores de la Ley 135 de 1943 “que estableció la jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá” y que esta normativa se inspiró entre otros principios, en los derechos fundamentales del hombre, el respeto y la protección de los derechos de los administrados, y la separación de los poderes entre los órganos del Estado, además que dicha jurisdicción se incluyó dentro del Capítulo de la Constitución destinado a las Instituciones de Garantía, que como señaló **Moscote** en su obra “Instituciones de Garantía”, el valor de dicha jurisdicción radica en que se trata de “una institución de garantías de los derechos de los administrados frente a la Administración, para frenar la arbitrariedad y los abusos que se suscitan cuando el control de la legalidad se encuentra en manos de funcionarios de la propia Administración”.³²⁹

Al analizar las competencias del Tribunal Contencioso Administrativo recién creado, se observa que todas están relacionadas con actos, resoluciones, órdenes o disposiciones emitidas en materia administrativa, dictadas por diferentes instancias, que se acusen de ilegalidad, sin embargo, cuando se habla de quienes son los interesados, ya hay matizaciones que representan algún nivel de amplitud. El artículo 22 de la Ley expresa, que los juicios podrán ser promovidos por “parte interesada, afectada o perjudicada por el acto, resolución, orden o disposición cuya ilegalidad se demande”, y los artículos 23 y 24 se encargan de explicar que debe entenderse por parte interesada y parte afectada o perjudicada.

³²⁹ Citado por **Arjona**, Adán Arnulfo. Op cit., p.8.

De este modo, de acuerdo al artículo 23, será interesada, “la persona natural que demuestre que el acto, resolución orden o disposición, de que se trate **le concierne directa o indirectamente** como miembro de una colectividad constituida sin fines lucrativos”, y se entenderá, de acuerdo al artículo 24, como persona afectada o perjudicada, la persona natural o jurídica que demuestre que el acto, resolución, orden o disposición de que se trate **es contrario a un derecho particular suyo reconocido por la Ley**.

De las normas transcritas, se colige que existió la intención de dejar abierto el contencioso administrativo a situaciones relacionadas con afectación de derechos particulares, pero siempre relacionadas con “actos, resoluciones, órdenes o disposiciones”, lo cual era la tendencia en la época.

El concepto de acto administrativo no se encontraba definido en la Ley, y cabe resaltar que en Panamá no se aprobó una Ley de Procedimiento Administrativo hasta el año 2000, por lo que debía inferirse de la propia ley contenciosos administrativa qué situaciones eran demandables como actos administrativos, resoluciones, órdenes o disposiciones.

El artículo 42 de la Ley 135 de 1943 brinda algunas orientaciones al respecto, cuando expresa que “para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los **actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículo 33 a 39, o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto**, de modo que le pongan termino o hagan imposible su continuación”. (Lo resaltado es nuestro)

En relación con las formalidades, el artículo 44 señala que “A la demanda deberá acompañar el autor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos, y en caso de que no haya sido publicado o se deniega la expedición de la copia o la certificación de la publicación. El artículo 46 por su parte, indica que esta situación “se expresará así en la

demanda, con indicación de la oficina donde se encuentra el original o del periódico en que se hubiera publicado, a fin de que se solicite por el sustanciador antes de admitir la demanda”. Adicionalmente la Ley en su artículo 48, previó la posibilidad de que la Administración dicte actos, órdenes o disposiciones verbales, para lo cual “el interesado o perjudicado deberá presentar en abono de la demanda dos testimonios hábiles por lo menos”.

Este fue el esquema constitucional y legal que reguló el acceso al contencioso administrativo entre 1941 y 1945, ya que en este último año se aprobó el Decreto Legislativo N°4 de 28 de junio de 1945 que modificó la Ley 135 de 1943, introduciendo la acción de nulidad (recurso objetivo) originalmente no contemplada en dicha norma, entre otros aspectos. Lo cierto es que el diseño original del contencioso administrativo en la Ley 135 de 1943 se puede conceptualizar como un proceso fundamentalmente sobre actos administrativos, pero con una amplitud en cuanto a los intereses subjetivos sobre esos actos a la hora de demandar su ilegalidad.

D. El acto Administrativo y el acceso al contencioso administrativo en la Constitución Política de 1946

Con relación a la incorporación de una justicia contencioso administrativa, se introduce en la Constitución el título decimocuarto denominado, “Jurisdicción Contencioso Administrativa” como una sección independiente, a diferencia de lo que se había hecho en la Constitución de 1941 donde se introdujo el control de la legalidad dentro del título “Instituciones de Garantía”. Esta decisión de los constituyentes de 1946 pudo obedecer a la intención de separar dentro de la Constitución las responsabilidades del control de constitucionalidad, del control de la legalidad.

De acuerdo a **Víctor F. Goytía** en su libro “Las Constituciones de Panamá”, la Comisión Redactora del proyecto de constitución aprobado en 1946, la Constitución de 1941, contenía una serie de omisiones en cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa que impedía que se pudieran alcanzar los objetivos originalmente

propuestos, ya que el recurso que podía ser interpuesto ante la misma, no era un recurso pleno, sino limitado a la simple declaratoria de legalidad o ilegalidad del acto acusado. Tampoco se contempló la acción pública por lo que se impedía la defensa de la legalidad objetiva, y como corolario, se atribuyó a la justicia ordinaria el conocimiento de la responsabilidad del Estado producto de sus actos declarados ilegales. Además, indica, que el Tribunal que creó la Ley 135 de 1943 en desarrollo del texto constitucional subordinó determinados casos a la Corte Suprema de Justicia, cuando el Estado tuviese interés, lo que terminó de desnaturalizar una institución que debió estar en armonía con las doctrinas y principios que la caracterizan.³³⁰

Como innovación, el artículo 252 de la Constitución de 1946 estableció un “Tribunal de lo Contencioso-Administrativo” en la capital de la República, pero con jurisdicción en todo el país, el cual actuaría con independencia de los Órgano Ejecutivo y Judicial, cuando antes quedaba en manos de la Ley la constitución de los tribunales y juzgados competentes en esta materia, como se puede ver en el cuadro abajo.

Establecimiento de la “Jurisdicción Contencioso Administrativa”	
Constitución de 1941	Constitución de 1946
<p>“Artículo 191. El tribunal o juzgado que ejerza la jurisdicción contencioso-administrativa se limitará a apreciar el acto en sí mismo, revocándolo, reformándolo o confirmándolo. La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar en caso que se declare la ilegalidad demandada, corresponderá a la jurisdicción judicial ordinaria.”</p> <p>“Artículo 192. La Ley creará o designará los tribunales o juzgados a quienes deba corresponder el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, les señalará funciones y competencia y establecerá el procedimiento que deba seguirse”.</p>	<p>Artículo 252. Establécese un Tribunal de lo Contencioso en la Capital de la República, cuya jurisdicción comprenderá todo el país. Este Tribunal funcionará con independencia de los órganos ejecutivo y judicial...</p>

En cuanto a las competencias de La jurisdicción contencioso administrativa, señala este artículo que: “Tiene por objeto **revisar los actos**, resoluciones, órdenes o

³³⁰ Ver **Goytia**, Víctor. F. “Las Constituciones de Panamá”. Segunda Edición, 1987, p.534-536.

disposiciones de todos los funcionarios nacionales, provinciales, municipales y de las entidades políticas autónomas o semiautónomas, en perjuicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas”. (Lo resaltado es nuestro)

Veamos cómo quedó instaurado a partir de 1946 el carácter revisor de los actos administrativos por parte del contencioso administrativo panameño.

Artículo 190 de la Constitución de 1941	Artículo 252 de la Constitución de 1946
“Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todas las autoridades administrativas, entidades políticas descentralizadas o autónomas y autoridades provinciales o municipales...”(El resaltado es nuestro)	“La Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene por objeto revisar los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todos los funcionarios nacionales, provinciales, municipales y de las entidades políticas autónomas o semiautónomas, en perjuicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas. Podrán demandar la revisión las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición que se trate; y en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra derecho.” (Lo resaltado es nuestro).

Si la Constitución de 1941 hablaba sobre facultades de apreciar el acto para confirmarlo, reformarlo o revocarlo, la Constitución de 1946 señala con el cambio de modelo, que **podrán demandar la revisión del acto**, resolución, orden o disposición las personas afectadas por las mismas, y en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra derecho, separando la Acción de Plena Jurisdicción, de la Acción Popular no contemplada en la Constitución de 1941, autorizando al Tribunal a ejercer su competencia **anulando los actos** acusados de ilegalidad, restableciendo el derecho particular violado o estatuyendo disposiciones nuevas en reemplazo de las impugnadas o pronunciándose prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

Como se puede observar, el contencioso administrativo quedó circunscrito a la revisión de actos administrativos cuando existiese una persona afectada y al control de la legalidad a través de la acción popular cuando en la emisión de los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones la Administración haya incurrido en injuria contra derecho. El artículo 252 de la Constitución de 1946, como se puede leer en su texto, no excluyó la posibilidad de utilizar la acción popular en caso de actos administrativos, lo que ha tenido que ser matizado por la Ley y la Jurisprudencia.

E. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo en la Ley 33 de 11 de Septiembre de 1946

La Ley 135 de 1943, producto del cambio constitucional fue modificada para adecuar su normativa al nuevo texto constitucional, a través de la Ley 33 de 1946. Tal como lo sostuvo la comisión redactora de la Constitución de 1946, lo que se puede apreciar de las normas de la Ley 135 de 1943 es que no había un tratamiento diferenciado para los actos administrativos y las disposiciones administrativas, entendiéndose como tales las normas que emite la Administración con efectos generales, ni tampoco para los recursos de plena jurisdicción y de nulidad. De manera, que a través de la Ley 33 de 1946 se derogaron gran parte de los artículos de la Ley 135 de 1943 y se modificaron sustancialmente otros.

La redacción del primer artículo de esta norma busca resaltar la independencia del Tribunal: “La jurisdicción contencioso-administrativa a que se refiere el Título XIV de la Constitución Nacional, se ejerce por un Tribunal de lo Contencioso-administrativo, radicado en la capital de la República. Este Tribunal funcionará con independencia de los Órganos ejecutivo y judicial y su jurisdicción comprende todo el país.” Lo referente a la Jurisdicción, es una innovación de la Constitución de 1946, sin embargo, a pesar de no haberse establecido en la Constitución de 1941, ya había sido introducido en el artículo 1 de la Ley 135 de 1943, lo que consideramos un error conceptual, que luego repitió la Constitución de 1972 al otorgarle a la Corte Suprema de Justicia la “Jurisdicción Contencioso Administrativa”. Con relación a las funciones del Tribunal, las mismas fueron modificadas y en lo que nos atañe, se introdujeron nuevas competencias relacionadas con los actos administrativos. (Ver cuadro abajo)

Ley 135 de 1943	Ley 33 de 1946
<p>Capítulo II De las funciones del Tribunal Artículo 21. El Tribunal de lo contencioso administrativo conocerá en una sola instancia:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones del Poder Ejecutivo en materia administrativa, que se acusen ante el Tribunal por razones de ilegalidad; 2. De los actos resoluciones, órdenes o disposiciones de los Gobernadores, Alcaldes y Jefes de Policía en materia administrativa que se acusen ante el Tribunal también por razones de ilegalidad; 3. De las ordenanzas de los Ayuntamientos o de cualquier acto o resolución de éstos que sean acusados por violación de las leyes o de los decretos ejecutivos; 4. De los acuerdos y de cualquier acto, resolución o disposición de los Consejos Municipales o de las autoridades y funcionarios de que ellos dependan contrarios a las leyes nacionales o a las ordenanzas de los ayuntamientos. 5. De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de los directores o gerentes de las entidades descentralizadas o autónomas o semi-autónomas que sean violatorias de las leyes, los decretos o de sus propios estatutos. 6. De los recursos contencioso-administrativos contra los decretos, resoluciones, órdenes y otros actos del Poder Ejecutivo. 	<p>Capítulo II De las funciones del Tribunal Artículo 13. Artículo nuevo (para iniciar el capítulo) La jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto revisar los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todos los funcionarios nacionales, provinciales y municipales y de las entidades públicas autónomas o semi-autónomas, en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas. En consecuencia, el Tribunal de lo Contencioso-administrativo conocerá, en materia a administrativa de los siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De todos los decretos, órdenes, resoluciones o cualesquiera actos, sean generales o individuales, en materia administrativa, que se acusen de ilegalidad; 2. De los actos, resoluciones, órdenes, o disposiciones de los gerentes o de las juntas directivas o de gobierno, cualquiera que sea su denominación, de las entidades públicas autónomas o semi-autónomas que sean violatorias de las leyes, de los decretos o de sus propios estatutos, reglamentos y acuerdos; 3. De los decretos-leyes, cuando sean acusados de violar la ley de concesión de facultades extraordinarias por virtud del cual se expiden; 4. De los recursos contenciosos en los casos de adjudicación de tierras; 5. De las apelaciones, excepciones, tercerías y cualquier incidente en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva; 6. De las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos; 7. De las cuestiones que se susciten en el orden administrativo entre dos o más municipios, o entre un municipio y la nación; 8. De los acuerdos y de cualquier acto, resolución o disposición de los Consejos Municipales o de las autoridades y funcionarios que de ellos dependan, contrarios a las leyes, a los decretos que los reglamentan o a las normas de los propios Concejos; 9. De la interpretación de los actos administrativos cuando la autoridad

	<p>judicial o administrativa encargada de su ejecución, antes de ejecutarlos o de resolver el fondo del negocio, así lo solicite, por tratarse de actos de sentido obscuro o ambiguo...</p> <p>10. De la interpretación de los actos administrativos individuales que hayan de servir de base a cualquier decisión de la autoridad judicial cuando ante ésta se excepcione el alcance, sentido o validez jurídica de dichos actos;</p> <p>11. De la excepción de ilegalidad de los actos administrativos generales que hayan de servir de base a cualquier decisión de la autoridad judicial;</p> <p>12. De las indemnizaciones de que deben responder personalmente los funcionarios del Estado o de las entidades públicas autónomas o semiautónomas por razón de daños o perjuicios causados por actos que el Tribunal de lo Contencioso-administrativo reforme o anule;</p> <p>13. De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad subsidiaria del Estado o de las entidades públicas autónomas o semi-autónomas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones jurídicas en que incurra en el ejercicios de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado;</p> <p>14. De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado o las entidades públicas autónomas o semiautónomas causadas por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos.</p>
--	---

Como se puede observar en el cuadro, el artículo introducido por la Ley 33 de 1946, en consonancia con el nuevo texto constitucional, declara el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa sobre los actos administrativos (donde quedan incluidas las resoluciones y las órdenes), y las disposiciones administrativas. Igualmente se observa que se introducen muchas más competencias al Tribunal, la mayoría relacionadas con este carácter revisor.³³¹

El artículo nuevo incluido por la Ley 33 de 1946, luego del artículo 42, que para efectos de la Ley pasó a ser el 42-A, señala que **“la acción de nulidad contra un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo**, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar en vigor”. A simple vista se puede observar que la norma expresa la posibilidad de que se presenten acciones de nulidad contra actos administrativos en cualquier tiempo, no obstante, la jurisprudencia ha ido haciendo los ajustes para determinar quiénes y en qué casos se puede presentar la acción, pero consideramos que la norma debió haberse modificado para dejar claro que se estaba pensando en los actos administrativos impersonales de efectos generales y de disposiciones emitidas por la Administración.

El otro artículo nuevo de la Ley 33 de 1946 (artículo 27 en dicha norma) que en el texto de la ley modificada sería el 42-B, y que actualmente todavía está vigente, señala que **“la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos** prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda”.

Si bien el artículo habla de derechos subjetivos, la lectura del artículo debe hacerse de la mano del artículo 13 de la Ley 33 de 1946 (Artículo nuevo introducido) que declaró expresamente que la jurisdicción contencioso administrativa **tiene por objeto revisar los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones** emitidas por

³³¹ El artículo 99 del Código Judicial (Actualmente artículo 97) derogó el artículo 21 de la Ley 135 de 1943, modificado por la Ley 13 de la Ley 33 de 1946, adecuando el texto de dicho artículo a lo aprobado en el Acto Constitucional de 1983 respecto a la jurisdicción contencioso administrativa. En ese sentido, el artículo 99 del Código Judicial eliminó respecto a las competencias de la Sala Tercera la alusión expresa al carácter revisor de dicha jurisdicción, aunque de su texto se deja entrever que dicho carácter permanece.

funcionarios de diferentes jerarquías, por lo que debe entenderse que es demandable la violación de los derechos subjetivos que versen sobre los actos y disposiciones.

Adicional a este artículo se introdujeron dos artículos que permiten diferenciar las acciones de nulidad de las de plena jurisdicción, pero en ambos se sigue hablando de actos administrativos sin hacer la debida diferenciación entre los singulares que afectan derechos subjetivos y los generales y las disposiciones administrativas que afectan a la colectividad y al ordenamiento jurídico.

El artículo 29 de la Ley 33 de 1946 que introduce el artículo 43-A a la Ley 135 de 1943 señala que si la acción intentada es la de nulidad de un acto administrativo, se individualizará éste con toda precisión; y si demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ya se trate de indemnizaciones o de modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda. El artículo 30 de la Ley 33, que introduce el artículo 43-B a la Ley 135 de 1943 aclara que en las acciones de nulidad de un acto administrativo, cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda.

En las demás clases de acciones, el derecho de intervenir como parte sólo se reconoce a quien acredite un interés directo en las resultas del juicio, con lo que se elimina la obligación de demostrar interés, o ser parte afectada o perjudicada en todos los casos.

En estas últimas normas analizadas, todas vigentes en la actualidad, se puede ver que no hay una depuración conceptual. Se habla de actos, resoluciones, órdenes como si se tratara de categorías distintas cuando todos son actos administrativos. Se habla de disposiciones, pero luego se les trata como si fuesen actos administrativos individuales. Se habla de la publicación de los actos administrativos de manera amplia y generalizada como si todos los actos administrativos requiriesen se publicación, y luego, hay una referencia a los recursos de nulidad contra actos administrativos.

Lo cierto es que las pretensiones que se deduzcan de las actuaciones administrativas que puedan afectar derechos subjetivos no parecen ser la base del acceso al contencioso administrativo en las normas que regulan esta jurisdicción en Panamá, sin embargo la jurisprudencia, como lo ha señalado **Arjona**,³³² ha tratado de adecuar la vieja legislación a las exigencias modernas, lo cual ha nuestro criterio a pesar de las buenas intenciones como veremos más adelante, ha resultado insuficiente para adecuar el Contencioso a las tendencias más modernas, donde el carácter revisor y el contencioso, que descansa fundamentalmente sobre la existencia de actos administrativos previos, ha sido superado.

F. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo dentro del acto legislativo N°2 de 24 de octubre de 1956

Continuando con la evolución histórica, en 1956 se reforma la Constitución de 1946 por medio del Acto Legislativo N°2 de 24 de octubre de 1956. A partir de entonces, el control de la legalidad de los actos administrativos ya no será ejercido por un Tribunal de lo Contencioso Administrativo independiente, el cual será eliminado adscribiéndose sus funciones a la Corte Suprema de Justicia.

³³² En cuanto al “estatus actual de la normativa Contencioso-Administrativa” este autor señala que “La consideración sobre eventuales reformas al régimen contencioso-administrativo panameño tiene que tener como punto de partida una evaluación realista de su actual situación. Es así que, desde la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de su incorporación en la Constitución Política de 1941 y su desarrollo normativo mediante las Leyes 135 de 1943 y 33 de 1946, dicho régimen no ha experimentado mayores cambios legislativos. Sin embargo, lo anterior no significa que el contencioso-administrativo panameño no haya evolucionado con el paso de los años, pues, muchos de los progresos que con fortuna se han logrado cristalizar han sido producto fundamental de un encomiable esfuerzo jurisprudencial que mediante constructivas interpretaciones actualizadoras han impulsado cambios, a pesar del referido rezago legislativo. En este sentido, el retraso en la modificación de la normativa contencioso-administrativa, ha sido positivamente suplido por la acción de la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia desde 1991, la cual ha brindado acogida a un considerable número de criterios que favorecen la eficacia de dicho régimen, y que a título de somera referencia, conviene indicar seguidamente: a. El reconocimiento de la tutela cautelar a través de la medida de suspensión de los procesos de nulidad (con lo cual se abandonó la jurisprudencia tradicional negativa que imperaba desde 1965), en materia de contratos administrativos y en el caso de los tributos municipales instituidos por medio de Acuerdos de índole administrativa. b. La ampliación de criterios de legitimidad para la defensa de intereses difusos por conducto del proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción. c. La no aplicación de reglamentos que, a pesar de no estar formalmente cuestionados en el proceso, se encontraban en franca contradicción con la Ley. **Arjona**, Adán Arnulfo. La Reforma del Régimen Contencioso-Administrativo en Panamá: Ideas para la Acción. Revista Gestión Pública, Procuraduría de la Administración, Noviembre de 2006, Panamá, p. 32-33.

El acto legislativo en mención, eliminó el Título XIV de la Constitución de 1946 denominado “Jurisdicción Contencioso-Administrativa” que otorgaba a un Tribunal dicha jurisdicción con el objeto de revisar los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todos los funcionarios nacionales, provinciales, municipales y de las entidades autónomas o semi-autónomas, en ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas. Estas competencias y atribuciones se trasladaron a la Corte Suprema de Justicia con ligeras modificaciones semánticas. Al artículo 167 de nuestra Constitución Política se le incluyó el numeral 2, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

“Artículo 167. Junto con sus demás atribuciones constitucionales y legales, la Corte Suprema de Justicia tendrá las siguientes:

1...

2. El ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa sobre los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin la Corte Suprema de Justicia, con audiencia del Procurador General de la Nación o el Procurador Auxiliar, podrá anular los actos acusados de ilegalidad, restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas, y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, domiciliada en el país, en todo caso en que un funcionario o autoridad pública incurriere en injuria contra derecho”.

En esta redacción ya no se menciona que la jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto **revisar los actos**, resoluciones, órdenes o disposiciones que emitan los funcionarios de diferentes administraciones públicas para anularlas, reestablece el derecho particular violado, o estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas, sino que le atribuye a la Corte Suprema de Justicia **el ejercicio** de esta jurisdicción sobre estos mismos actos, órdenes, resoluciones o disposiciones para los mismos fines, lo cual podría representar la posibilidad de modificar la legislación para otorgarle mayor amplitud al contencioso, aunque siempre sobre actos y disposiciones. Sin embargo, sí se mantuvo la redacción del artículo 13 de la ley 33 de 1946 que hace referencia al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, y sigue vigente hasta la fecha.

G. El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo en la Constitución Política de 1972

Como lo señala **Arturo Hoyos**, la Constitución de 1972, no introdujo cambios fundamentales en la institución del contencioso administrativo³³³. Esto puede ser explicado por muchas razones, entre ellas, el contexto histórico en el cual fue aprobada. Una constitución con un origen militar, producto de un golpe de estado difícilmente iba a ampliar las posibilidades de control de la legalidad tomando en cuenta las tendencias de la época.

Es necesario destacar que el 22 de noviembre de 1969 fue adoptada en San José, Costa Rica, la Convención Americana de los Derechos Humanos, y de hecho Panamá fue signataria de la misma, a pesar de que el golpe militar que derrocó el gobierno constitucional de Arnulfo Arias Madrid, se había perpetrado un año antes, el 11 de octubre de 1968. A pesar de que esta Convención no fue ratificada por Panamá hasta 1978, la expedición de la Constitución de 1972, pudo estar más inspirada, aunque fuera por mero formalismo, en el espíritu de la Convención ya firmada. De este modo la institución del contencioso administrativo pudo mutar, en esencia, para que el control de la legalidad no versara fundamentalmente sobre

³³³ **Hoyos**, Arturo. "El Derecho Contencioso-Administrativo en Panamá (1903-2005): Una Introducción Histórica de Derecho Comparado y Jurisprudencial". Editorial Sistemas Jurídicos, Panamá, 2005, p.19.

actos administrativos e incluir otros conceptos relacionados con la vulneración de los derechos subjetivos para brindarle mayor protección al administrado, pero las circunstancias históricas, como ya lo señalamos, no lo permitieron.

De hecho, si tomamos en cuenta otras constituciones de la época en Latinoamérica, como la costarricense, que analizamos en el capítulo anterior, ya desde 1963 contaba con una redacción mucho más ajustada a principios como el de la tutela judicial efectiva, el debido proceso legal, entre otros relacionados con el respeto a los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 49 de la Constitución de Costa Rica, luego de la modificación introducida en 1963 quedó con la siguiente redacción:

“Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de **garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.**

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. **La ley protegerá al menos, los intereses legítimos y los derechos subjetivos de los administrados.**” (Lo resaltado es nuestro).

A pesar de lo señalado respecto a la situación histórica dentro de la cual se aprobó la Constitución de 1972, la solución fácil era mantener la redacción del artículo 167 de la Constitución de 1946, introducido por el Acto Legislativo N°2 de 24 de octubre de 1956, que contempla un contencioso restringido fundamentalmente a verificar la legalidad de los actos y disposiciones administrativas, con todas las limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos que esto representa para los administrados.

Constitución de 1946	Constitución de 1972 (texto original)
Artículo 167. Junto con sus demás atribuciones constitucionales y legales, la Corte Suprema de Justicia tendrá las siguientes: 1...	Artículo 188. La Corte Suprema de Justicia tendrá, además de sus atribuciones constitucionales y legales las siguientes: 1...

<p>2. El ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa sobre los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin la Corte Suprema de Justicia, con audiencia del Procurador General de la Nación o el Procurador Auxiliar, podrá anular los actos acusados de ilegalidad, restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas, y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.</p> <p>Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, domiciliada en el país, en todo caso en que un funcionario o autoridad pública incurriere en injuria contra derecho”.</p>	<p>2. El ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los servidores públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia, con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.</p> <p>Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, domiciliada en el país, en todo caso en que un servidor o autoridad pública contravenga una norma legal.</p>
---	--

El cambio en la redacción del artículo constitucional que regula el contencioso administrativo en Panamá llegó en el año 1983, de la mano del acto constitucional que reformó la Constitución de 1972 (Ya había sido reformada por el acto reformativo 1 y 2 de 1978).

Las motivaciones que llevaron a la aprobación del Acto Constitucional de 1983 a través de Referéndum (publicado en la Gaceta Oficial de 13 de abril del mismo año) se pueden observar con claridad en el libro de **Humberto Ricord**, “Las Constituciones Panameñas del Siglo XX”. Este autor señala que las reformas constitucionales de 1978 no pudieron detener la crisis general que aquejaba al gobierno revolucionario de 1968, la cual considera que además de ser política,

institucional, económica, fiscal y educativa, estaba rodeada de una escandalosa corrupción. Sostiene, que un año después de la muerte del General Omar Torrijos Herrera en el accidente aéreo, la crisis generalizada se volvió insostenible, por lo que la Guardia Nacional por medio del General Paredes anunció al país, el mismo día que se le estaba rindiendo honores póstumos al General Torrijos, que el presidente Royo en funciones se separaba de su cargo, lo sustituiría el vicepresidente en funciones, y que se comprometía, a llevar a feliz término un vasto plan de rectificaciones nacionales, admitiendo la necesidad de reformar la Constitución de 1972. Esta extensa reforma constitucional, sustituyó los títulos V, VI y VII de la Constitución de 1972, referidos a los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por un articulado nuevo.³³⁴

La comisión redactora³³⁵ de la propuesta de reforma a la Constitución de 1972, en materia de modificación de la estructura del Órgano Judicial cambió la forma de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y en materia de control de legalidad introdujo algunas modificaciones que pueden representar avances para la época, pero no se alteró el esquema de acceso al contencioso introducido por la Constitución de 1946 a través de su acto constitucional de 1956, cuya redacción fue prácticamente calcada en el texto original de la Constitución de 1972. Veamos los cambios gráficamente en una tabla:

Constitución de 1972 (Texto original)	Constitución de 1972 (Luego de la aprobación en referéndum del Acto Constitucional de 1983)
<p>Artículo 188. La Corte Suprema de Justicia tendrá, además de sus atribuciones constitucionales y legales las siguientes:</p> <p>Artículo 188. El ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos, resoluciones,</p>	<p>Artículo 203. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales las siguientes:</p> <p>1...</p> <p>2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o</p>

³³⁴ Véase **Ricord**, Humberto. "Las Constituciones Panameñas del Siglo XX". Editora Pérez y Pérez, Panamá, 1987, p.353-369.

³³⁵ Esta Comisión, como lo documenta Humberto Ricord, estaba compuesta por 16 personas, de las cuales 14 eran miembros de partidos políticos: Carlos Bolívar Pedreschi, Campos Elías Muños, José A. Sossa, Daniel Arias M., Guillermo Endara, Oydén Ortega, Fernando Manfredo Jr., Carlos E. Landau, Hirisnel Sucre, Mario Galindo, Álvaro Arosemena G., Emeterio Miller, Roberto Alemán y Cesar A. de León E, Jorge Fábrega y Humberto Ricord (los dos últimos no pertenecían a partidos políticos).

<p>órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los servidores públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia, con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.</p> <p>Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, domiciliada en el país, en todo caso en que un servidor o autoridad pública contravenga una norma legal.</p>	<p>deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.</p> <p>Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.</p>
--	--

Al comparar los textos, se observa una adición respecto al espectro competencial de la “jurisdicción contencioso-administrativa”, acompañada de lo que al principio parece una depuración conceptual en su primer párrafo que al final no se mantiene. Vemos que en el primer párrafo ahora se habla de actos y omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, pero se menciona luego también las resoluciones y órdenes, las cuales entran dentro de la clasificación de actos administrativos.

Sin embargo, en el último párrafo, cuando se indica quienes podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa, por una parte, se omitió mencionar que ahora también pueden acogerse al mismo, las personas afectadas por las omisiones y la prestación defectuosa y deficiente de los servicios públicos (responsabilidad objetiva de la Administración) y por otro lado, el que se haya mantenido una redacción que indica que podrán acogerse a esta jurisdicción “las personas

afectadas por los actos y disposiciones de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país” se presta a que se confunda el recurso de plena jurisdicción y la acción de nulidad, porque del texto de este artículo, el cual se mantiene hasta la fecha (con el texto único de la Constitución ahora es el artículo 206) pareciese que las personas afectadas por actos administrativos o por disposiciones administrativas, aunque no estén domiciliadas en Panamá están habilitadas para presentar un tipo de recurso (plena jurisdicción, aunque no lo mencione el texto constitucional, ya que es el único que se puede presentar cuando haya una afectación personal, para que se restituya el derecho particular violado) y que en caso de la acción pública (recurso de nulidad) solamente pueden acceder al contencioso administrativo las personas naturales o jurídicas domiciliadas en Panamá, en defensa de la legalidad objetiva. Esta redacción de la Constitución, y el articulado de la Ley 135 de 1943, con sus reformas, en poco han ayudado a resolver las discusiones sobre la naturaleza de los recursos de plena jurisdicción y de nulidad que se han generado en la jurisprudencia, las cuales aún se mantienen, como veremos más adelante.

En el primer párrafo del citado artículo, también se señalan las facultades que tiene la Corte Suprema de Justicia respecto a los actos, omisiones y demás, las cuales se limitan a anular los actos acusados de ilegalidad, restablecer el derecho particular violado, estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. Al introducir competencias sobre las omisiones y prestación defectuosa y deficiente de los servicios públicos, debieron también introducirse nuevas facultades para hacer frente a estas nuevas situaciones, incluso como una forma de motivar la correspondiente reforma legal, sin embargo hasta la fecha, no ha habido ningún cambio en la legislación que regula el acceso al contencioso administrativo en Panamá, que sigue manteniendo, con matices, su carácter revisor de los actos administrativos. De igual forma, debió haberse dado el tránsito hacia un contencioso que conoce de las pretensiones que se deduzcan de los actos, omisiones, y demás. No hay tampoco ninguna referencia directa a los derechos subjetivos, ni a la relación jurídico administrativa, salvo por lo que se expresa sobre el restablecimiento del derecho particular violado como facultad expresa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Título III

El acto administrativo y el acceso al contencioso administrativo dentro del actual contexto constitucional y legal panameño

A. Aspectos generales

El origen militar de la Constitución Política de 1972, limitó la posibilidad de que se discutieran al momento de aprobar la nueva constitución, diferentes alternativas al control de la legalidad apegadas a las convenciones internacionales de derechos humanos que se estaban discutiendo o habían sido ya aprobadas, lo que hubiese permitido incluir, la protección de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, y construir un contencioso más amplio, basado en las pretensiones que se deduzcan de los actos administrativos, y otras pretensiones sobre actuaciones y omisiones administrativas cuando se diera la vulneración de los mencionados intereses y derechos subjetivos.

Después de 1989, año de la caída del régimen militar provocado por la invasión de los Estados Unidos de Norteamérica a nuestro país, hemos tenido tres reformas parciales de la Constitución, y no resulta fácil entender por qué en ninguna de las tres, ahora en democracia, se introdujeron modificaciones a la estructura constitucional de nuestro acceso al contencioso administrativo. La estructura básica de este acceso es la misma que se terminó de consolidar con el acto constitucional de 1983 que incluyó las omisiones administrativas y la prestación defectuosa de los servicios públicos como objeto de esta Jurisdicción.

Luego de la modificación a la Constitución en 1983, se ha mantenido la misma legislación de desarrollo del control de la legalidad, que data de la década de 1940, con modificaciones mínimas propiciadas por la Ley 38 de 2000 que reguló por primera vez el procedimiento administrativo en Panamá de forma completa, y que derogó algunas normas de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. Es cierto que la jurisprudencia ha tratado de adaptarse a las nuevas tendencias, pero con las limitadas posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico de innovar

sin violentar el esquema del contencioso administrativo revisor de los actos administrativos que impregna todo nuestro sistema.

De modo que nuestro actual sistema de acceso al contencioso administrativo permite solamente el control de la legalidad sobre los actos administrativos (incluido el silencio administrativo) y las disposiciones administrativas, resultando muy difícil atacar la inactividad formal o material de la Administración, u otras actuaciones ilegales que vulneren derechos subjetivos e intereses legítimos. La solución que proponen las normas viene fundamentalmente de la mano del silencio administrativo con todas sus limitaciones para lograr el restablecimiento de los derechos particulares violentados por las omisiones de la Administración.

En el sistema panameño ante la falta de amplitud del contencioso y su carácter revisor de actos administrativos, o se niega su acceso o hay que fabricar un acto administrativo a través de la figura del silencio administrativo lo cual va en contra de todas las tendencias modernas de control de la legalidad y protección de los derechos de los ciudadanos que analizamos con anterioridad.

El dilema en el que se encuentra el sistema de acceso al contencioso administrativo panameño consiste en cómo ampliarlo, cuando se tiene una camisa de fuerza representada por el artículo 206 de la Constitución de 1972 (Texto Único) que limita el control de la legalidad administrativa al ejercicio de la “jurisdicción de lo contencioso-administrativo” por parte de la Corte Suprema de Justicia **“respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones”** que emitan servidores públicos de diferentes administraciones públicas y distintas jerarquías.

Lo anterior, acompañado de una legislación de acceso al contencioso administrativo que tienen un abierto y expreso carácter revisor de los actos y disposiciones administrativas, y una Ley de procedimiento administrativo que si bien data del año 2000, en nada ayudó a ampliar el esquema de acceso, lo cual puede atribuirse a las limitaciones contenidas en el texto constitucional.

A continuación, presentamos un cuadro con las normas de la Constitución Política, de la Ley 135 de 1943 con sus modificaciones y de la Ley 38 de 2000, de procedimiento administrativo, que representan el esquema de acceso al Contencioso Administrativo en Panamá. La pregunta que nos hacemos es si sobre la base de estas limitaciones es posible ampliar este acceso sin violentar la Constitución y la Ley, si es posible estirar lo suficiente el concepto de acto administrativo para incluir allí a las actuaciones administrativas cuando estas vulneren derechos subjetivos o atenten en contra de los intereses legítimos. Igualmente analizar hasta dónde el concepto de silencio administrativo en la legislación y la doctrina jurisprudencial pueden lograr el cometido de atender las vulneraciones a los derechos subjetivos representadas por las omisiones y la inactividad administrativa, y a partir de allí hacer recomendaciones sobre la base del análisis normativo, la doctrina y la jurisprudencia existente.

Constitución Política de 1972	Ley 135 de 1943, (Artículo 42)	Ley 135 de 1943, (artículo 42-A)	Ley 38 de 2000, de Procedimiento Administrativo (artículo 163)	Ley 38 de 2000, de Procedimiento Administrativo (artículo 201 Numeral 1)
<p>Artículo 206 (Texto Único). La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales las siguientes:</p> <p>1...</p> <p>2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de</p>	<p>Art. 42. Para ocurrir en demanda ante el tribunal de lo Contencioso-Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los <u>actos o resoluciones respectivas</u> no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 (<i>Derogados por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000</i>), o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones <u>definitivas</u>, o de providencias de trámite, <u>si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.</u></p> <p>(Lo subrayado es nuestro)</p>	<p>Art 42-A. La acción de nulidad contra un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar en vigor.</p>	<p>Art. 163. Las <u>resoluciones que decidan el proceso en el fondo y aquellas de mero trámite que directa o indirectamente, conllevan la misma decisión o le pongan término al proceso o impidan su continuación</u>, serán susceptibles de ser impugnadas por las personas afectadas por ellas, mediante los recursos instituidos en este capítulo...</p> <p>(Lo subrayado es nuestro)</p>	<p>Art. 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:</p> <p>1. Acto administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismos público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.</p> <p>Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el</p>

<p>las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.</p> <p>Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país." (Lo resaltado es nuestro)</p>				<p>ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.</p>
---	--	--	--	---

Tal como fue analizado en el título anterior, antes de la aprobación de la Ley 38 de 2000, no había en la legislación panameña un concepto de acto administrativo, sino únicamente un desarrollo jurisprudencial del concepto que permitía a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sobre la base de lo que indica la Ley 135 de 1943, decidir que situaciones eran o no susceptibles de ser admitidas como tales para efecto de entrar en el fondo del asunto, lo cual se extendía a la determinación sobre si el recurso que correspondía era de plena jurisdicción o de nulidad ya que en virtud de la falta de depuración conceptual, la Ley parece permitir demandas de nulidad contra “actos administrativos” lo cual ha tenido que ser matizado por la doctrina jurisprudencial, sin que hasta la fecha haya claridad al respecto.

Con lo indicado, no queremos decir que con el concepto normativo establecido por la Ley 38 de 2000, se haya solucionado el problema conceptual sobre el acto administrativo, sino que a partir de que existe este concepto, la doctrina y la jurisprudencia cuentan con un nuevo instrumento orientador de sus decisiones sobre el acceso al contencioso administrativo.³³⁶ De manera que resulta importante

³³⁶ En sentencia de 25 de julio de 2006, la Sala, en medio del debate sobre la forma que deben adoptar los actos administrativos señaló que “En el derecho panameño, la forma escrita constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo, según el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en cuya parte final se establece que el acto administrativo “debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.” Es fundamental anotar, que el solo elemento escrito no basta para que la voluntad administrativa concretada en el acto sea válida, pues, es fundamental que en éste conste la firma del funcionario o de las personas que en nombre de una corporación tienen competencia para firmar el acto.” En sentencia de 9 de julio de 2010, se abordó el tema de los elementos del acto administrativo: “Por otro lado, los apoderados judiciales de la licenciada GEOMARA GUERRA de JONES denuncian como infringido el numeral 1 del artículo 201 de la Ley N°38 de 2000 de la Ley N° 38 de 2000, por considerar que la Resolución demandada no respetó los elementos esenciales del acto administrativo, en especial lo relativo al procedimiento. En ese sentido, este Tribunal considera que, contrario a lo planteado por la demandante, la Resolución de 14 de septiembre de 2007 emitida por la Procuradora General de la Nación, mediante la cual se aplica la medida disciplinaria de suspensión del cargo a la licenciada GEOMARA GUERRA de JONES, **reúne todos los elementos formales que constituyen un acto administrativo, a saber: competencia, objeto, finalidad, causa, procedimiento y forma**, como ha quedado demostrado a lo largo del expediente disciplinario seguido a la funcionaria de instrucción.” En el Auto de 7 de marzo de 2005, como consecuencia de una demanda de plena jurisdicción en donde se debatía la naturaleza o no de acto administrativo de una nota, se señaló lo siguiente: “Ahora bien, la demandante se opone a la pretensión de la señora Procuradora, por cuanto estima que la Nota DMVE/066/02 de 5 de septiembre de 2002, no es una respuesta a su petición contenida en la Nota CPV/BSM/024 de 6 de agosto de 2002; argumentando que la misma no tiene el carácter de resolución debidamente motivada a que alude el artículo 40 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000. Este Tribunal no comulga con la tesis de la demandante, pues del contenido de la Nota DMVE/066/02 de 5 de septiembre de 2002, se desprende que la misma decide el mérito de la petición, independientemente que no se denomine resolución o haya adoptado estrictamente la forma que señala el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, relativo al

estudiar cuál es el concepto de acto administrativo que maneja la doctrina y la jurisprudencia nacional para comprender si la puerta del contencioso queda cerrada o parcialmente abierta a otras situaciones jurídicas, y verificar que otras opciones se observan en la jurisprudencia, para lo cual hemos hecho una clasificación de la doctrina jurisprudencial de carácter temático, lo que nos permitió arribar a algunas conclusiones importantes para hacer las correspondientes recomendaciones sobre las modificaciones que requiere nuestro sistema de acceso al contencioso administrativo.

Cómo señalamos en el primer capítulo de este trabajo, existen diferentes conceptos de acto administrativo, los cuales fueron fundamentales cuando la regla en la mayoría de las legislaciones consistía en que el contencioso administrativo era una “jurisdicción” revisora de dichos actos, con competencia para conocer de la ilegalidad de las disposiciones administrativas a través de la acción popular; y en el segundo capítulo observamos diferentes modelos de acceso al contencioso-administrativo, con diferentes grados de amplitud, centrados más en las pretensiones sobre los actos, que en la revisión del mismo, desvinculándose del contencioso al acto administrativo, aun cuando se reconoce que todavía sigue siendo el protagonista central de la mayoría de acciones.

¿Sobre la base de lo indicado, qué modelo es el que se sigue actualmente en Panamá?

Se podría sostener que en el artículo 206 de la Constitución Política se observa el carácter revisor de actos y disposiciones administrativas del Contencioso Administrativo Panameño con la posibilidad que se interpongan demandas en contra de omisiones, las acciones materiales, y la prestación defectuosa de los servicios

concepto de acto administrativo, no obstante, existe una motivación comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamenta la decisión, a saber: (1) que compete al Ministerio de Vivienda la presentación de la Terminación Unilateral del Contrato N°2-68-97 al conocimiento del Consejo de Gabinete, en cumplimiento del artículo 72 de la Ley 56 de 1995; (2) que existe una diferencia sustancial entre el monto solicitado como compensación por los perjuicios ocasionados a CORVAP,S.A. y el monto recomendado por el Consejo Económico Nacional, por la suma de B/.33,547.50; (3) la recomendación a CORVAP,S.A. de adoptar las medidas legales conducentes para lograr el reconocimiento de los perjuicios alegados y de la indemnización requerida”.

públicos. Adicionalmente, la Ley con el objeto de adaptar el contencioso a las nuevas tendencias, creó en 1991 un contencioso administrativo de protección de derechos humanos³³⁷ que tiene cada año menos causas que resolver, mientras que

³³⁷ La Ley 19 de 9 de julio de 1991, adicionó el numeral 15 al artículo 98 del Código Judicial incluyendo una nueva competencia para la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, al señalar que dicha Sala conocerá en materia administrativa de los siguiente:...15. Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o reparar el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes de la República, incluso aquellas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. Este proceso se tramitará según las normas de la Ley N°135 de 30 de abril de 1943 y de las Ley N°33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa; el Procurador de la Administración solo intervendrá en interés de la ley.” Este es un recurso que actualmente es poco utilizado por los particulares, sin embargo a través del mismo se ha logrado incluso la suspensión de actos administrativos que la jurisdicción contencioso administrativa por medio de un recurso de plena jurisdicción, hubiese inadmitido por considerarlos como actos de mero trámite no recurribles. Por ejemplo, a través de Auto de 24 de septiembre de 2004 la Sala Tercera suspendió provisionalmente los efectos de los siguientes actos públicos: 1. Licitación Pública N°240482-08-12, convocada por la Caja de Seguro Social, para el suministro de 450 viales de Placlitaxel Vial, medicamento utilizado para la quimioterapia de pacientes con cáncer. 2. Solicitud de Precios N°240870-08-12, convocada por la Caja de Seguro Social, para el suministro de 600,000.00 de Warfarina Sódica Comprimido, 5 mg, medicamento utilizado por el tratamiento de la trombosis, condición grave de la hipertensión arterial. La demanda contencioso-administrativa de protección de derechos humanos, fue presentada por los apoderados judiciales de la Fundación Pro Bienestar y Dignidad de Personas Afectada por el VIH/SIDA (PROBIDSIDA) con el objeto de que la Sala Tercera exija al Ministerio de Salud y a la Caja de Seguro Social, el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley N°1 de 10 de enero de 2001 y el Decreto Ejecutivo N°65 de 6 de mayo de 2002, de modo que se hagan efectiva las obligaciones establecidas en las normas relativas a la eficacia terapéutica comprobada de los medicamentos utilizados para el tratamiento de las enfermedades terminales. La parte actora plantea básicamente que los actos públicos de adquisición de medicamentos que llevan a cabo tanto la Caja de Seguro Social como el Ministerio de Salud, son celebrados sin requerirse los certificados de equivalencia terapéutica y eficacia terapéutica, a que hace referencia la Ley N° 1 de 10 de enero de 2001, "Sobre medicamentos y otros productos para la salud humana". De acuerdo al análisis que realizó la Sala, la Ley N°1 de 2001, en su artículo 49, fue expresa al concederle a la Autoridad de salud, un término de dos años para reglamentar los aspectos relacionados con la presentación de la evidencia de equivalencia y eficacia terapéutica en los medicamentos que se comercializan en nuestro país. Por su parte, al expedirse el Decreto Ejecutivo N°65 de 6 de mayo de 2002, por medio del cual “se reglamenta la obligatoriedad de exigir la eficacia terapéutica comprobada, a los productos que se utilicen en el tratamiento de condiciones graves o críticas, por parte de las entidades públicas de salud”, hasta la fecha, tal como lo sostuvo la Sala, estas obligaciones no han sido cumplidas. “No se ha desarrollado la reglamentación requerida por la ley de medicamentos, en cuanto a la exigencia de comprobación de eficacia terapéutica de los productos medicamentosos utilizados para condiciones graves o críticas, **y aunque las Autoridades de salud aducen que la actuación omisiva de la Administración obedece a razones de índole presupuestaria, esta Superioridad debe hacer énfasis en que eso no debe constituir óbice para omitir el deber de reglamentación que expresamente ha estatuido la ley de medicamentos, falta ésta que se traduce en una violación de nuestro ordenamiento jurídico y a la vez puede producir un serio daño a la vida de los pacientes en condiciones graves o críticas.** La evidente ausencia de desarrollo de las normas contenidas en la ley de medicamentos, constituye una materia que debe ser analizada a profundidad con el fin de dotar al Tribunal de mejores elementos de juicio, pero que en el momento que nos ocupa, y frente a la situación especial de los pacientes afectados con estas omisiones administrativas, estima la Sala que es prudente la adopción de la medida suspensiva solicitada respecto de los actos públicos que involucren la adquisición de medicamentos utilizados para el tratamiento de condiciones graves o críticas, ya que el no hacerlos podría ocasionar gravísimos detrimentos a las partes involucradas en la contienda”.

el amparo de garantías constitucionales, ha venido a llenar parte del vacío que las limitaciones del contencioso administrativo ha develado con los años. De hecho, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia admitió una Acción de Amparo de Garantías Constitucionales presentada por el licenciado Guillermo Quintero Castañeda en representación de Roxana Alejandra Cárcamo, el 21 de agosto de 2008, contra un auto del Instituto de Formación y Aprovechamiento de los Recursos Humanos (IFARHU) que libró un mandamiento de pago, a pesar del criterio generalizado de no admitir demandas contra actos administrativos que pudieren ser demandados ante la Sala Tercera como vía preferente.³³⁸

El modelo panameño de acceso al contencioso administrativo actual requiere fundamentalmente de la existencia de un acto administrativo³³⁹, una disposición administrativa, o una acción material de la administración para ser activado a través de una demanda de reparación directa. La mayor parte de los procesos contencioso administrativos se inician producto de la existencia de un acto administrativo o un “acto presunto” o “negativa tácita por silencio administrativo” como lo llama la

³³⁸ La mayoría del Pleno sostuvo, que “se trata de un amparo de derechos fundamentales que no ha sido propuesto por la persona contra la cual se dictó el Acto, sino por un tercero en nombre de aquella, en este caso por su hija, tal y como lo revela el certificado de nacimiento que se aporta como prueba. El artículo 54 de la Constitución Nacional es claro al permitir que cualquier persona pueda presentar un amparo contra un acto que viole los derechos y garantías fundamentales de otro. La ocasión es propicia, según acordara el Pleno de esta Corporación de Justicia, para expresar algunas consideraciones respecto al amparo de derechos fundamentales, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico. Veamos: I. De la necesidad de ampliar la protección de los derechos fundamentales frente a actos distintos de las órdenes de orden de hacer o de no hacer. Si bien el artículo 54 Constitucional señala que la acción de amparo procede contra una orden de hacer o de no hacer que viole derechos fundamentales establecidos en la Constitución, lo cierto es que existen justificadas razones jurídicas, previstas en nuestro ordenamiento, que autorizan utilizar el concepto de Acto como objeto susceptible de impugnación a través de un amparo de derechos fundamentales. En efecto, la evolución del derecho al amparo implica la necesidad de abrir la puerta para la presentación del amparo de derechos fundamentales contra cualquier Acto susceptible de lesionar, afectar, alterar, restringir, amenazar o menoscabar un derecho fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en la ley.”

³³⁹ Lo cual no solamente se observa en el Art. 42 de la Ley 135 de 1943: “Para ocurrir en demanda ante el tribunal de lo Contencioso-Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 (*Derogados por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000*), o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación”, sino también en el artículo 44 que señala sin discriminar, que “a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos”, lo cual la jurisprudencia exige también para los casos del silencio administrativo, donde se deberá aportar la “certificación del silencio administrativo”.

doctrina jurisprudencial panameña. Esto viene acompañado de un sistema de pretensiones que prácticamente solo permite la declaratoria de nulidad del acto o del silencio administrativo, y ordenar la restitución del derecho particular violado, junto con la posibilidad de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Lo anterior limita el derecho a acudir a estas instancias y obtener una reparación eficiente en el caso de inactividad de la administración (formal y material), y otro tipo de violaciones a derechos subjetivos e intereses legítimos, que el carácter revisor está llamado a excluir consciente o inconscientemente.³⁴⁰

Nuestra jurisprudencia ha tratado de buscar soluciones para adecuar el sistema a las tendencias modernas, pero entre la falta de depuración conceptual, el concepto de acto administrativo desarrollado por la Ley de Procedimiento Administrativo y las limitaciones constitucionales, como ya lo hemos manifestado, la jurisprudencia tiene las manos un poco atadas.

A partir de este momento analizaremos las normas, la doctrina y la jurisprudencia que han fijado los parámetros para el acceso al contencioso administrativo en Panamá con su carácter revisor de los actos administrativos, para encontrar elementos que nos permitan arribar a algunas conclusiones y realizar recomendaciones que sirvan de base para realizar ajustes sobre lo existente, o para el debate cuando se discuta la reforma del sistema de acceso a esta Jurisdicción, lo cual es inminente.

En primer lugar, vamos a estudiar el acceso al procedimiento administrativo general y el papel que juega el acto administrativo en el mismo, tomando en cuenta la estructura constitucional y legal de acceso al contencioso administrativo en Panamá, para luego analizar el propio acceso a la jurisdicción contencioso administrativa y las limitaciones del carácter revisor, tomando en cuenta el excesivo formalismo del sistema, los problemas que ha generado la confusión conceptual entre actos y disposiciones administrativas, el tratamiento del silencio administrativo, el papel que

³⁴⁰ De hecho, el artículo 22 de la Ley 135 de 1943, adicionado por el artículo 14 de la Ley 33 de 1946 sigue señalando que “podrán demandar la revisión las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra derecho”.

ha jugado la introducción de la doctrina de la “tutela judicial efectiva”, y las nuevas tendencias en materia de amparo sobre decisiones administrativas.

B. Acto administrativo y procedimiento administrativo

En la obra de **Javier Sheffer Tuñón**, se desarrolla una breve síntesis de los antecedentes legislativos de nuestra primera ley de procedimiento administrativo general, la Ley 38 de 31 de julio de 2000³⁴¹. En esta obra se reconocen los aportes del primer Código Administrativo aprobado en 1916 en la República de Panamá, que sentaron las bases y principios del procedimiento administrativo³⁴², sin embargo, no hubo una legislación de desarrollo de estos principios, y el país, además de no contar con un procedimiento general en materia administrativa hasta el año 2000, tuvo que esperar 27 años, luego de la entrada en vigencia del citado Código para que se aprobara la primera Ley panameña de lo contencioso administrativo.

El artículo 851 del Código Administrativo ordenó al Poder Ejecutivo a reglamentar la manera de proceder en los asuntos administrativos sobre la base de un conjunto de elementos ya citados, y aunque no hay ninguna alusión a la creación de una instancia contencioso administrativa revisora de los actos administrativos, lo que se observa es un acercamiento a la protección de los derechos fundamentales, a través de frases como “no demorar indefinidamente el despacho de los asuntos”, de “averiguación prolija de los hechos para que la decisión no lastime los derechos legítimos de los asociados”, “cuando la naturaleza del caso lo requiera”, y que “se

³⁴¹ Véase **Sheffer Tuñón**, Javier E. “El Procedimiento Administrativo en Panamá”. Editorial Sistemas Jurídicos S.A., Panamá, p. 27-31.

³⁴² Estos principios se pueden observar en los artículos 851 y 852 contenidos en el Título VI del libro que desarrolla lo concerniente a la “Administración Pública”:

“Artículo 851. El Poder Ejecutivo reglamentará la manera de proceder en los asuntos administrativos de carácter nacional, sobre las bases siguientes:

1° Que no se eluda el derecho de petición, ni se demore indefinidamente el despacho de los asuntos;
2° Que cuando la naturaleza del caso lo requiera, se haga una averiguación prolija de los hechos, para que la decisión no lastime los derechos legítimos de los asociados;
3° Que se definan bien los casos de impedimento, a fin de asegurar la imparcialidad de los empleados y se disponga claramente la manera de reemplazar los impedidos; y
4° Que se definan claramente los casos de apelación y el procedimiento que debe seguirse en ellos, haciendo que no se vulneren los derechos de los particulares ni de eluda la ley.

Artículo 852. El Poder Ejecutivo puede, en los casos no previstos que ocurran, disponer lo que juzgue conveniente y equitativo en cuanto al procedimiento de los empleados nacionales y municipales, puede también modificar o reformar los reglamentos sobre el particular, cuando lo crea justo y razonable”.

definan claramente los casos de apelación y el procedimiento que debe seguirse en ellos, haciendo que no se vulneren los derechos de los particulares ni se eluda la ley.”

Cabe destacar que el artículo 851 del Código Administrativo no fue derogado expresamente por la Ley 38 de 2000 que regula el procedimiento administrativo en Panamá, sino subrogado por la misma, de modo que su espíritu se mantiene vigente y su texto debió servir para alimentar la redacción de esta norma. De igual modo dicho texto debió servir de base a la redacción del título de la constitución sobre control de la legalidad incluido en la Constitución de 1941 y 1946, así como el texto de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley de 1946, que desarrolla aspectos sobre el procedimiento gubernativo.

El artículo 29 de la Ley 135 de 1943, vigente hasta la aprobación de la Ley 38 de 2000, desarrollaba el procedimiento en la vía administrativa. El artículo 42, todavía vigente, indica que “para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo es necesario que se haya agotado la vía administrativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos..., o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación”, por lo que al artículo 29, solamente le quedó regular la forma en que las “resoluciones que ponen término a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional...” deben ser notificadas, establecer los recursos que por la vía administrativa proceden, y señalar cuando se produce el agotamiento por confirmación de la decisión o por silencio administrativo.

Al no haber, hasta la aprobación de la Ley 38 de 2000, una definición normativa de lo que debería considerarse como acto administrativo, la jurisprudencia, como fue analizado en el capítulo I, se encargó de determinar cuando estábamos frente a actos administrativos susceptibles de ser revisados ante el contencioso-administrativo; sin embargo, a partir del año 2000, con la aprobación de la Ley 38, se define qué debe entenderse por acto administrativo y la situación se modifica, debido

a que la verificación de la legalidad o no de los actos administrativos ahora tiene un nuevo marco normativo que viene a restringir de alguna manera la discrecionalidad de la Sala Tercera de la Corte Suprema de justicia.

El artículo 201 de la Ley 38, define por primera vez, qué debe entenderse por acto administrativo, y como fue ampliamente descrito en el Capítulo I, nuestro concepto legal de acto administrativo, que no necesariamente es el doctrinal y jurisprudencial, está rodeado de particularidades.

Para los propósitos de este apartado, veamos como el procedimiento administrativo busca crear una comunicación con el contencioso administrativo, porque como bien lo señala **Sheffer**, “nadie duda que existe una estrecha relación entre el procedimiento administrativo que se tramita en la vía administrativa, con el procedimiento que se surte en la vía jurisdiccional contencioso administrativa en la Corte Suprema de Justicia”.³⁴³ El problema se da cuando la estrecha relación está condicionada por un texto constitucional fundamentalmente revisor de los actos administrativos y una normativa de acceso al contencioso administrativo que data de la década de 1940.

Al analizar el articulado de la Ley 38 de 2000 relacionado con los recursos, empiezan las contradicciones de un sistema obsoleto de acceso al contencioso, que requiere adaptaciones y sobre todo coherencia. El artículo 162 de la Ley 38 de 2000, señala que los recursos en la vía administrativa “podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder” y a renglón seguido, el artículo define la desviación de poder como “la emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley”.

Al leer el primer párrafo arriba transcrito, pareciese que hay una amplitud en cuanto a las infracciones, sin ninguna referencia a actos administrativos, por lo que podría pensarse, que se incluyen todo tipo de actuaciones o decisiones que vulneren los

³⁴³ **Sheffer Tuñón**, Javier. Op cit. p. 94

derechos subjetivos e intereses legítimos, sin embargo, el artículo 163 de la Ley cierra las posibilidades de impugnación al señalar que:

“...las **resoluciones que decidan el proceso en el fondo y aquellas de mero trámite** que, directa o indirectamente, conllevan la misma decisión o le pongan término al proceso o impidan su continuación, serán susceptibles de ser impugnadas por las personas afectadas por ellas, mediante los recursos instituidos en este Capítulo”. (Lo resaltado es nuestro).

Como se puede observar, la norma expresamente señala que en la vía administrativa serán susceptibles de ser recurridas, las resoluciones definitivas y de mero trámite, a lo que debemos agregar que los recursos que aleguen la ilegalidad de estas resoluciones, podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

El artículo 201, numeral 90, de la Ley 38 define que debe entenderse por Resolución:

“Acto administrativo debidamente motivado y fundamentado en derecho, que decide el mérito de una petición, pone término a una instancia o decide un incidente o recurso en la vía gubernativa. Toda resolución deberá contener un número, fecha de expedición, nombre de la autoridad que la emite y un considerando en el cual se expliquen los criterios que la justifican. La parte resolutive contendrá la decisión, así como los recursos gubernativos que proceden en su contra, el fundamento de derecho y la firma de los funcionarios responsables”.

Esta definición no puede considerarse como meramente orientadora. Es una definición normativa que invita a que los actos administrativos decisorios adopten la forma de resoluciones con todas las formalidades que contiene la definición.

Lo cierto, es que el artículo 163 de la Ley 38, no hace más que repetir con matices lo que señala el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, puerta de acceso al contencioso administrativo, por medio del recurso de plena jurisdicción. Veamos un cuadro comparativo de ambas normas:

Ley 135 de 1943, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa	Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales
<p>“Art. 42. Para ocurrir en demanda ante el tribunal de lo Contencioso-Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los <u>actos o resoluciones respectivas</u> no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 (<i>Derogados por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000</i>), o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones <u>definitivas</u>, o de providencias de trámite, <u>si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.</u>” (El subrayado es nuestro).</p>	<p>“Artículo 163. <u>Las resoluciones que decidan el proceso en el fondo y aquellas de mero trámite que directa o indirectamente, conllevan la misma decisión o le pongan término al proceso o impidan su continuación,</u> serán susceptibles de ser impugnadas por las personas afectadas por ellas, mediante los recursos instituidos en esta Capítulo...” (El subrayado es nuestro).</p>

Como se puede advertir, hay una uniformidad respecto a las condiciones para el acceso al procedimiento administrativo y el acceso al contencioso administrativo, lo cual sería positivo, si el mecanismo de acceso del segundo, no hubiese arrastrado en su obsolescencia al procedimiento administrativo.

No obstante esta situación, en el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, la definición de lo que debe considerarse como Acto Administrativo brinda mayores señales de voluntad de no basar el procedimiento administrativo en el concepto restringido y en el concepto procesal de acto administrativo. Tomando en cuenta que la definición de Resolución contenida en el numeral 90 del artículo 201, se trata de un “Acto Administrativo debidamente motivado y fundamentado en derecho” vale la

pena analizar a qué actos administrativos se refiere la definición. Esta parte de que un Acto Administrativo es una “declaración emitida o acuerdo de voluntad”³⁴⁴ y a pesar que luego señala que es emitida en ejercicio de una función administrativa del Estado para “crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica”, lo cual hace referencia a un concepto procesal de acto administrativo.

De modo, que el acceso a la vía de recurso dentro del procedimiento administrativo está condicionado a la existencia de un acto administrativo o la negativa tácita por silencio administrativo, y al ser el agotamiento de la vía administrativa un requisito necesario para acceder al contencioso administrativo, la inactividad formal o material de la Administración y otras vulneraciones de derechos subjetivos e intereses legítimos que se puedan dar a través de actuaciones administrativas no encuentran un cauce directo de impugnación dentro del procedimiento administrativo.

La jurisprudencia de manera reiterada ha destacado la función que cumple el agotamiento de la vía administrativa dentro del procedimiento administrativo.³⁴⁵ A

³⁴⁴ Como señalamos en el análisis del concepto de acto administrativo en nuestra legislación, en la exposición de motivos del proyecto de Ley que sirvió de base para la aprobación de la Ley 38 de 2000, se menciona que “Este anteproyecto, que ha sido elaborado tomando en consideración anteproyectos anteriores, las restantes normas vigentes en nuestro país sobre la materia, el derecho comparado, la doctrina y la experiencia...”, pero no se menciona expresamente que legislación o doctrina extranjera fue tomada en cuenta, por ejemplo para incluir el acuerdo de voluntad como parte del concepto de acto administrativo”. Podría inferirse que en esta definición más que los antecedentes jurisprudenciales y la escasa doctrina nacional existente, la doctrina argentina ejerció su influencia, ya que tal como lo indica **Cassagne**, en su aporte a la obra Derecho Administrativo en Iberoamérica (Inap, Madrid, 2012, p. 49-50) en Argentina, no existe acuerdo acerca de si la noción de acto administrativo solo comprende aquellas declaraciones unilaterales, de volición, cognición, juicio u opinión, o si también incluye en ella a los actos cuya estructura fuera bilateral, en tanto la voluntad del administrado participa en la declaración jurídica. Sin embargo, las diferencias existentes entre los contratos y los actos unilaterales no justifican en el Derecho Administrativo la configuración de géneros diferentes pues, tal como acontece en el Derecho Privado, ambas categorías son especies del acto jurídico administrativo...La unilateralidad o bilateralidad del acto administrativo pueden darse tanto en su formación como en los efectos. Así, por ejemplo, el permiso del dominio público constituye un acto de formación bilateral pues la declaración se integra con el concurso de dos voluntades que se funden, aun cuando sus principales efectos o consecuencias sean unilaterales.”

³⁴⁵ En sentencia de 16 de abril de 2010 se reitera la jurisprudencia de la Sala Tercera respecto a la naturaleza o razón de ser del agotamiento de la vía gubernativa: “Ahora, debe tenerse en cuenta que los recursos, más que una garantía para el administrado, constituyen una oportunidad que otorga la ley para que la administración tenga la oportunidad de revisar sus actos antes de que sean sometidos a revisión de la jurisdicción contencioso administrativa y en todo caso para que la administración propenda por la garantía de la legalidad y la seguridad jurídica. (El subrayado es nuestro) En ese sentido, la jurisprudencia Colombiana ha puesto de relieve que “Dentro del procedimiento, así en derecho privado como en derecho público, los recursos configuran institución complementaria, sin la cual el derecho sustantivo carecería de la debida protección. No se concibe ni sería posible la integridad de la vida del derecho, si las decisiones que le ponen fin a determinada

diferencia de países como Costa Rica, la legislación panameña obliga a agotar la vía administrativa antes de acudir al contencioso administrativo. La Ley 38 de 2000 en su artículo 200 señala expresamente cuándo se considerará agotada dicha vía, lo cual ocurrirá en varios supuestos, entre ellos, cuando “transcurra el plazo de dos meses sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud que se dirija a un funcionario o autoridad, **siempre que dicha solicitud sea de las que originan actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa**”. (Lo resaltado es nuestro)

Lo anterior, vuelve a confirmar el carácter revisor de los actos administrativos de la jurisdicción contencioso administrativa y las limitaciones del silencio administrativo para amparar situaciones como la inactividad de la Administración. Solamente piénsese en la solicitud de que se reúna la Junta Directiva de una institución para aprobar una autorización, o la solicitud al Órgano Ejecutivo de que reglamente una norma en virtud del mandato de la misma que establece un plazo que no se cumplió. Resulta muy discutible, que al amparo de la legislación panameña y la doctrina jurisprudencial existente, estas solicitudes generen actos recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa, a pesar de que la Constitución Política señala expresamente que las omisiones antijurídicas de la Administración serán de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia.

El numeral 3 del artículo 200 señala que igualmente se considerará agotada la vía gubernativa cuando “No se admita al interesado el escrito en que formule una petición o interponga el recurso de reconsideración o el de apelación, señalados en el artículo 166, hecho que deberá ser comprobado plenamente”.

controversia jurídica, no pudieran someterse al estudio o revisión de entidades o funcionarios superiores dentro de la jerarquía judicial o administrativa. El derecho sin las acciones o procedimientos judiciales que lo declaran y lo hacen posible, sería vana palabra sin sentido. Y la ausencia de recursos, le restaría a aquél gran parte de su eficacia en orden al afianzamiento de la vida jurídica. (Conc. dic. 12/77). Por tal razón, la ley contempla la posibilidad de que la administración revise sus propios actos a través de los recursos de reconsideración y apelación. Así, si bien en el presente caso el particular ejerció el recurso de reconsideración, lo cierto es que no ha agotado la vía gubernativa por cuanto no abrió la oportunidad para que el superior funcional revisara el acto administrativo, esto es, porque no presentó el recurso de apelación”.

Esta norma abre las puertas para que en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo se debatan situaciones cuando los particulares consideren que tienen derecho a que su demanda sea admitida, por haberse dado la violación de derechos subjetivos o ante la existencia de intereses legítimos reconocidos en normas que consideran han sido vulnerados en la vía administrativa, sin embargo, en la jurisprudencia revisada no se observan autos en donde se haya dado este debate a fondo. En los contados autos y sentencias existentes, por ejemplo, se ha dado el caso de la admisión de una demanda de plena jurisdicción, luego de que en la vía administrativa se había negado un recurso de apelación por extemporáneo³⁴⁶, y en otra ocasión, se admitió a trámite una demanda también de plena jurisdicción, luego de que igualmente la Procuraduría de la Administración alegara falta de agotamiento de la vía gubernativa, al no probarse que se había agotado la misma.³⁴⁷

C. El acto administrativo y el acceso al contencioso Administrativo. El carácter revisor en la actualidad

En el texto de la Ley 135 de 1943 (modificado), si bien se han eliminado casi todas las menciones expresas al carácter revisor de los actos administrativos con el que fue diseñado originalmente el acceso al contencioso administrativo (Constitución de 1946), de su articulado se sigue infiriendo dicho carácter, ya que la eliminación

³⁴⁶ Auto de 21 de marzo de 2007: "Por otra parte, el resto de la Sala considera que el señor PIMENTEL sí agotó la vía gubernativa, pues, promovió recurso de apelación contra la Resolución No. 6 de 15 de noviembre de 2005, dándosele a dicho recurso el trámite de rigor, tal como consta de la foja 41 a 45. En concepto de la Sala, el hecho de que el Tribunal de Honor no haya admitido dicho recurso mediante Resolución No. 1 de 9 de diciembre de 2005, no implica de partida el incumplimiento del referido presupuesto para recurrir a la Sala, pues, de conformidad con el numeral 3 del artículo 200 de la Ley 38 de 2000, la vía gubernativa se entiende agotada, entre otros supuestos, cuando "No se admita al interesado el escrito en que formule una petición o interponga el recurso de reconsideración o el de apelación...". Es cierto que la inadmisión de la apelación obedeció a su supuesta extemporaneidad, sin embargo, el resto de la Sala observa que con respecto a ello el actor planteó argumentos que resultan atendibles y que podrán ser examinados cuando se estudie la legalidad de la Resolución No. 1 de 9 de diciembre de 2005 (que rechazó dicho recurso), la cual también figura como parte del objeto de la demanda".

³⁴⁷ Auto de 8 de julio de 2009: Debido a la situación jurídica expuesta, esta Superioridad al momento de resolver sobre la admisibilidad de la presente demanda, decidió darle curso legal bajo el concepto de que se cumplió el supuesto contemplado en el numeral 3 del artículo 200 de la Ley 38 de 2000, es decir, que con la no admisión del recurso impugnación se agotó la vía gubernativa. Consideramos de importancia hacer énfasis en la particularidad expuesta en el párrafo que precede, ya que a criterio de la Sala se impidió la revisión de la actuación en sede administrativa antes de ocurrir a la jurisdicción contenciosa, lo que además motivó que las resoluciones impugnadas surtieran los efectos legales correspondientes."

expresa de la frase “revisar” no vino acompañada de una modificación de las reglas de acceso a dicha jurisdicción.

El artículo 21 de la Ley 135 de 1943, que establecía el esquema competencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (antes tribunal contencioso administrativo) fue derogado y actualmente se encuentra ubicado en el Código Judicial en su artículo 97.³⁴⁸

³⁴⁸ **“Artículo 97.** A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:

1. De los decretos, órdenes, resoluciones o cualesquiera actos, sean generales o individuales, en materia administrativa que se acusen de ilegalidad;
2. De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de los gerentes o de las juntas directivas o de Gobierno, cualquiera que sea su denominación, de las entidades públicas autónomas o semiautónomas que se acusen de ser violatorias de las leyes, de los decretos reglamentarios o de sus propios estatutos, reglamentos y acuerdos;
3. De los Recursos Contenciosos en los casos de adjudicación de tierras y de bienes ocultos;
4. De las apelaciones, excepciones, tercerías o cualquier incidente en los procesos por cobro coactivo.
5. De las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos;
6. De las cuestiones que se susciten en el orden administrativo entre dos o más municipios o entre dos o más instituciones autónomas o entre un municipio y la Nación o entre una institución autónoma y la Nación o entre cualesquiera de ellas;
7. De los acuerdos o cualquier acto, resolución o disposición de los Consejos Provinciales, los consejos municipales, juntas comunales y juntas locales o de las autoridades y funcionarios que de ellas dependan, contrarios a las leyes, a los decretos que las reglamenten o a sus propias normas;
8. De las indemnizaciones de que deban responder personalmente los funcionarios del Estado, y de las restantes entidades públicas, por razón de daños o perjuicios causados por actos que esta misma Sala reforme o anule;
9. De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad del Estado, y de las restantes entidades públicas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones en que incurra en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado;
10. De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos;
11. De la interpretación prejudicial acerca del alcance y sentido de los actos administrativos cuando la autoridad judicial encargada de decidir un proceso o la administrativa encargada de su ejecución, lo solicite de oficio antes de resolver el fondo del negocio o de ejecutar el acto, según corresponda;
12. Conocer prejudicialmente sobre la validez de los actos administrativos que deberán servir de base a una decisión jurisdiccional por consulta que al efecto formule la autoridad encargada de administrar justicia;
13. Conocer del Recurso de Casación Laboral, a que se refiere el Capítulo IV, Título VIII, Libro Cuarto del Código de Trabajo, hasta tanto se instituya la Corte de Casación Laboral;
14. Ejercer todas las demás atribuciones que el Código de Trabajo atribuye a la Corte de Casación Laboral;
15. Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o reparar el derecho

El artículo 22 de la Ley 135 de 1943, vigente, expresa que “**podrán demandar la revisión** las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición, de que se trate, y en ejercicio de la acción popular, cualquier personas natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra derecho”.

Al analizar el artículo 42 y subsiguientes de la Ley se sigue confirmando el carácter revisor de los actos administrativos de la nueva jurisdicción creada por la Ley 135 de 1943.

El artículo 42 de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946 establece el procedimiento a seguir cuando se trate de actos, resoluciones, órdenes u omisiones.

“Art. 42. Para ocurrir en demanda ante el tribunal de lo Contencioso-Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 (*Derogados por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000*), o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.

Artículo 42-A. La acción de nulidad contra un acto administrativo puede ejercerse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar en vigor.

Artículo 42-B. La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la **publicación, notificación o ejecución del acto** o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda.” (Lo subrayado y resaltado es nuestro)

violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes de la República incluso aquéllas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. Este proceso se tramitara según las normas de la Ley 135 de 30 de abril de 1943 y de la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa; el Procurador de la Administración solo intervendrá en interés de la ley.

Título IV

Acto administrativo, silencio administrativo, inactividad de la Administración y acceso al Contencioso Administrativo

Como lo sostuvimos cuando analizamos la evolución histórica del contencioso administrativo y su carácter revisor, en 1983 se introducen las omisiones administrativas como actuaciones ilegales que pueden ser objeto de control por parte de la Corte Suprema de Justicia. Igualmente señalamos, que esto no vino acompañado de una legislación de desarrollo que garantizara un control real y efectivo de la ilegalidad de las omisiones en que incurre la Administración. De modo que se hace necesario analizar cuál ha sido el papel que ha jugado la jurisprudencia en la protección de los administrados frente a las omisiones dentro de una legislación revisora de actos administrativos, que se resiste a las tendencias modernas que buscan la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos más que revisar los actos administrativos y el silencio de la Administración, con un limitado sistema de pretensiones.

Antes de analizar la jurisprudencia existente en Panamá sobre el tema, es necesario aclarar a qué nos referimos cuando hablamos de omisiones administrativas e inactividad de la Administración. ¿Se trata de las mismas figuras jurídicas?

En el prólogo a la primera edición de la obra “La Inactividad de la Administración” de **Gómez Puente**, encargado al administrativista y catedrático, **Martín Rebollo**, este señala de manera categórica, que desde su punto de vista los dos grandes principios que se derivan de la concepción constitucional de las Administraciones Públicas son el principio de eficacia y el principio de control; sin embargo, sostiene que cuando “lanzamos la mirada a los medios que el derecho proporciona para ayudar a realizar estos principios nos damos cuenta de que el arsenal técnico disponible se centra, aun con no pocos problemas, en el control de la actividad, pero apenas existen mecanismos para luchar contra la inactividad... y la herramienta que se ha diseñado es un recurso que durante mucho tiempo se ha concebido como un mero recurso objetivo para contrastar la legalidad del acto administrativo previo, que

se configuraba no solo como un requisito de aquél, sino como el objeto y centro del mismo”.³⁴⁹

Señala el prologuista, que ante estas circunstancias, el ciudadano se hallaba desarmado frente a la inactividad administrativa ya que bastaba que la Administración no actuara para que no cupieran recursos, ya que estos estaban configurados conforme al principio revisor de actos previos, por lo que se tuvo que inventar la ficción de atribuir efectos jurídicos al silencio de la Administración dando por legalmente supuesto que el mismo era equivalente a una respuesta negativa, a un acto presunto susceptible de ser demandado ante los tribunales, e incluso se dio un paso más allá al atribuirle efectos positivos a esa inactividad a través de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 30 de 1992) sin demasiado éxito práctico y constatable, ya que considera que el régimen jurídico del silencio administrativo no es suficiente respuesta, y aclara, o no es siempre adecuada respuesta, para hacer frente a la inactividad de la Administración.

Si bien este prólogo se escribió antes de la modificación de la Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativo española del año 1998, que introdujo el control expreso de la inactividad administrativa, sus señalamientos se acomodan perfectamente a la situación que actualmente está viviendo Panamá respecto a la inactividad de la Administración, razón por la cual consideramos importante su cita.

En la ley panameña, más allá de la mención que hace el artículo de la Constitución Política sobre el control de las omisiones administrativas, y la breve mención en el Código Judicial, no hay ninguna referencia en nuestra carta fundamental y en la legislación que regula el procedimiento administrativo al control de la inactividad de la Administración.

³⁴⁹ **Luis Martín Rebollo**, en el prólogo de la primera edición de la obra “La Inactividad de la Administración” de **Gómez Puente**, Marcos. Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2000, segunda edición, p. 27. Sigue sosteniendo el prologuista, que es en este ámbito de la inactividad donde más fallan los mecanismos jurídicos de garantía del ciudadano nacidos, diseñados y tecnificados a partir del dato decimonónico de un reducido intervencionismo público.

A. Omisión e inactividad administrativa

En cuanto a qué debemos entender por inactividad administrativa, retomamos brevemente el análisis del tema que llevamos a cabo en el primer capítulo, como antesala del desarrollo de este apartado en el que abordaremos la situación en Panamá. Sostiene **Gómez Puente** que “básicamente, el concepto jurídico de inactividad puede construirse a partir de dos elementos: uno material, la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; y otro formal, que convierte dicha situación en una omisión por infracción de un deber legal de obrar o actuar y determina su antijuricidad”. Señala este autor, que este deber legal de actuar puede resultar del reconocimiento expreso de una obligación administrativa de hacer, como de una facultad administrativa. Sostiene que adicionalmente hay un tercer elemento de contornos imprecisos ligado al elemento formal que hace voluble el concepto jurídico de la inactividad administrativa: La contingencia de las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales que pueden perjudicar la acción legislativa y administrativa condicionando la efectividad de las previsiones legales y la actuación administrativa.³⁵⁰

Para simplificar el concepto, señala que la inactividad “debe definirse a partir de la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”,³⁵¹ no sin antes hacer la advertencia de que la deducción de un concepto jurídico de inactividad administrativa debe partir de ciertos presupuestos jurídicos, es decir, de las reglas y principios del ordenamiento jurídico que definen la posición institucional de la

³⁵⁰ **Gómez Puente**, op cit. p. 58-59. Señala el autor, que este “tercer elemento caracteriza el concepto jurídico de la inactividad como un concepto abierto, variable y mutable, como lo son el propio interés público y la realidad sobre la que se define. Relativiza y dinamiza el ámbito objetivo del elemento formal (del deber legal de hacer) condicionado por las circunstancias, que para excluir la inactividad y su reproche jurídico, la Administración tendrá que acreditar suficientemente ante los órganos a quienes se encomienda el control de su comportamiento...Este último elemento que descansa en la efectividad de la tutela judicial pone de relieve el carácter reaccional y garantista de la noción de inactividad; noción que traslada al terreno de la antijuricidad determinados comportamientos omisivos de la Administración cuya persistencia y efectos deben erradicarse por ilegales. El conjunto de situaciones de inactividad, su ámbito objetivo, carece, por tanto, de límites predefinidos e invariables, de modo que sus contornos resultarán de la confrontación judicial cotidiana y singular entre legalidad y realidad. Se trata, por tanto, de una noción entregada a la actividad judicial, pues a los órganos jurisdiccionales corresponde evaluar la conformidad de las conductas administrativas a la legalidad desde una triple perspectiva formal, material u objetiva y funcional”.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 59.

Administración y regulan su actividad en cuanto manifestación del poder público sujeto a derecho.

En este sentido, tenemos que señalar que Panamá no cuenta con una ley general de administración pública³⁵², ni una ley de organización y funcionamiento de la administración general del Estado³⁵³ como las que existe en otros países (por ejemplo España), por lo que la arquitectura básica para la exigencia del cumplimiento de los deberes y obligaciones de una buena Administración Pública hay que encontrarla en la Constitución, en el Código Administrativo, la ley general de procedimiento administrativo, y las leyes especiales que regulan instituciones y sectores específicos.

De hecho, la Constitución Política de 1972, no contiene ninguna referencia a la Administración Pública y sus deberes. En un título regula las atribuciones del Órgano Ejecutivo y, en otro la administración de personal, pero no se hace alusión a la Administración Pública como un ente independiente del gobierno, con derechos y obligaciones, que debe atender al interés público, prestar servicios públicos y resguardar los derechos de los particulares, salvo en lo señalado en los artículo 17, 18 y 284 pero en sentido general.³⁵⁴

³⁵² En Costa Rica la Ley 6227 de 1978, General de Administración Pública, contiene normas de este tipo: "Artículo 4º.-La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios. A partir de esta norma, las normas sectoriales y leyes especiales que regulan las diferentes instituciones establecen su propio régimen de obligaciones".

³⁵³ En España existe la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), Ley 6 de 14 de abril de 1997, que en su artículo cuatro (4) contiene el "principio de servicio a los ciudadanos" desarrollado de la siguiente manera: "1. La actuación de la Administración General del Estado debe asegurar a los ciudadanos: a) La efectividad de sus derechos cuando se trate de relaciones con la Administración. b) La continua mejora de los procedimientos, servicios, prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad; 2. La Administración General del Estado desarrollará su actividad y organizará las dependencias administrativas y, en particular, las oficinas periféricas, de manera que los ciudadanos: a) Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos. b) puedan presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos sobre el funcionamiento de las dependencias administrativas.; 3...".

³⁵⁴ El Título III de la Constitución Política Panameña que regula "Los Derechos y Deberes Individuales y Sociales", dentro de su Capítulo 1º dedicado a las garantías fundamentales, señala en su artículo 17, que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la

De manera que el artículo 206 de la Constitución que establece el marco general de los mecanismos de control de la legalidad de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten o en que incurran los servidores públicos, no cuenta con un conjunto de normas orientadoras o normas guía de la actuación de la Administración Pública como un ente separado del Gobierno.

El Código Administrativo aprobado en 1916, y cuyo contenido ha sido en gran medida subrogado por otras normas, contiene un Título denominado “Administración Pública”. Su artículo 752, todavía vigente, señala lo siguiente:

“Las autoridades de la República de Panamá han sido instituidas para proteger a todas las personas residentes en Panamá, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos. También han sido instituidas para la administración y fomento de los intereses públicos, a fin de que marchen con la apetecida regularidad y contribuyan al progreso y engrandecimiento de la Nación.”

El artículo 753 por su parte indica, que para alcanzar los objetivos arriba descritos se detallarán las reglas generales que deben tenerse presentes en el ramo administrativo a fin de obtener la buena marcha de la cosa pública; sin embargo, si se revisan los capítulos de este título, se observa una falta de preocupación por establecer directrices y principios realmente precisos sobre administración pública, lo

Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”. “Artículo 18. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en ejercicio de éstas”.

En cuanto a los servicios públicos, el artículo 284 señala lo siguiente: “El Estado intervendrá en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que establezca la Ley, para hacer efectiva la justicia social a que se refiere la presente Constitución y, en especial, para los siguientes fines: 1. Regular por medio de organismos especiales las tarifas, los servicios y los precios de los artículos de cualquier naturaleza, y especialmente los de primera necesidad. 2. Exigir la debida eficacia en los servicios y la adecuada calidad de los artículos mencionados en el aparte anterior...”.

que puede obedecer a la antigüedad del Código y a su falta de actualización.³⁵⁵ Recién en el año 2000, con la aprobación de la Ley 38 sobre procedimiento administrativo, se introducen algunos vagos aspectos sobre la correcta y eficiente administración pública que podrían ayudar a la jurisprudencia a ampliar las medidas de control sobre las omisiones a las que se refiere la Constitución Política³⁵⁶.

La solución frente a la inactividad, como en muchos países que todavía tienen una justicia administrativa fundamentalmente revisora de los actos que dicta la Administración, hay que buscarla en las normas que regulan el silencio administrativo. En Panamá, la figura del silencio administrativo estaba regulada en la Ley 135 de 1943 mucho antes de que la Constitución Política en 1983 introdujera las omisiones de la Administración como objeto de control por parte de la Corte Suprema de Justicia.

La Ley 135 de 1943 no contempló el silencio administrativo como una forma de agotamiento de la vía administrativa. Este reconocimiento fue introducido a través de la Ley 33 de 1946 que modificó el artículo 36 de la Ley 135 de 1943.³⁵⁷ Este

³⁵⁵ Si se analizan los capítulos del Código Administrativo contenidos en el Título VI "Administración Pública", se observa una gran preocupación por la administración del personal de las Administraciones Públicas y muy poca regulación de su funcionamiento como un ente distinto al Gobierno. Los Capítulos de este título son los siguientes:

Capítulo Primero: Disposiciones preliminares; **Capítulo Segundo:** Nombramiento, aceptación, juramento y posesión de empleados; **Capítulo Tercero:** Periodo de duración de los empleados; **Capítulo Cuarto.** Despacho público; **Capítulo Quinto.** Licencias, excusas y renunciaciones, faltas temporales y absolutas; **Capítulo Sexto.** Incompatibilidad de destinos; **Capítulo Séptimo.** Penas Correccionales; **Capítulo Octavo.** Disposiciones generales.

³⁵⁶ El artículo 34 de la Ley 38 de 2000 que contiene las disposiciones generales sobre procedimiento administrativo indica que "Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, **garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.** Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respeto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición. Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada." (Lo resaltado es nuestro).

³⁵⁷ Artículo 22. "El artículo 36 quedará así: Se considerará agotada la vía gubernativa: 1. Cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en el artículo 33 se entiendan negados, por haber transcurrido un plazo de dos meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos; 2. Cuando no se admita al interesado el escrito en que interponga cualquiera de los recursos señalados en el artículo 33. La circunstancia que contempla este inciso deberá ser probada plenamente; 3. Cuando transcurra el plazo de dos meses sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud que se dirija a un funcionario o a una entidad pública autónoma o semi-autónoma siempre que dicha solicitud sea de

artículo fue derogado por la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo en Panamá, la cual lo incorporó en su articulado (artículo 200), con ligeras modificaciones, en su título XII (Del Agotamiento de la Vía Administrativa). La Ley 38, adicionalmente en su artículo 156 desarrolla con mayor profundidad la institución del silencio administrativo destacando su naturaleza de prerrogativa del administrado, al señalar que:

“Si transcurren dos meses desde la fecha de la presentación de la petición, el interesado podrá considerarla desestimada, al efecto de deducir, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición”.

La Ley 38 de 2000, también define en su artículo 201 numeral 104, qué debe entenderse por silencio administrativo.³⁵⁸ Esta definición es insuficiente para hacer frente a las omisiones a las que se refiere el artículo 206 de nuestra constitución política, y solamente puede ayudar a solucionar algunos de los problemas relacionados con la inactividad administrativa que han sido identificados por la doctrina generalizada.

Aunado a lo anterior, la ley y la jurisprudencia se han encargado de establecer los requisitos para la presentación de una demanda de plena jurisdicción por lesión de derechos subjetivos cuando exista un silencio de la Administración presuntamente violatorio de la Ley. La Ley 135 de 1943 en su artículo 42 señala que para presentar una demanda ante lo contencioso administrativo, es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que queda resuelto en el caso del silencio administrativo, con

las que originan actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se comprobare plenamente que no fue admitido el memorial en que se hizo la solicitud de que trata el inciso anterior, se considerará asimismo agotada la vía gubernativa”.

³⁵⁸ Artículo 201, numeral 104: “*Silencio Administrativo*. Medio de agotar la vía administrativa o gubernativa, que consiste en el hecho de que la administración no contesta, en el término de dos meses, contado a partir de su presentación, la petición presentada o el recurso interpuesto por el particular. De esta manera, se entiende que la administración ha negado la petición o recurso respectivo, y queda abierta la vía jurisdiccional de lo contencioso-administrativo ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para que si el interesado lo decide, interponga el correspondiente recurso de plena jurisdicción con el propósito de que se le restablezca su derecho subjetivo, supuestamente violado.”

la normativa introducida en la Ley 38 de 2000, no obstante, cuando analizamos el esquema de pretensiones, el artículo 43 de la Ley 135 de 1943, sostiene que toda demanda deberá contener lo que se demanda, los hechos u omisiones fundamentales de la acción (en este caso del silencio administrativo), y la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación.³⁵⁹ La Ley 38 de 2000 derogó las referencias expresas sobre los motivos de ilegalidad que formaban parte del concepto de la violación, pero la jurisprudencia se ha encargado de indicar la manera en que debe expresarse dicho concepto como parte de las formalidades que debe llenar la demanda. Los conceptos de la violación o infracción según la jurisprudencia son: violación directa por omisión o comisión, interpretación errónea o indebida aplicación de la Ley.³⁶⁰ Algunos de ellos pueden servir para sustentar ciertas pretensiones cuando se demanda el silencio administrativo o la inactividad de la Administración, pero el problema lo plantea el artículo 43-A de la

³⁵⁹ El artículo 26 de la Ley 135 de 1943 antes de su modificación por la Ley 33 de 1946 señalaba que "los motivos de ilegalidad comprenden tanto los actos en sí en su relación literal con la ley violada como el haber sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió...". La Ley 33 de 1946 modificó este artículo con una nueva redacción sobre los motivos de ilegalidad: "Los motivos de ilegalidad comprenden tanto la infracción literal de los preceptos legales como la falta de competencia o de jurisdicción del funcionario o de la entidad que haya dictado el acto administrativo, o el quebrantamiento de las formalidades que deben cumplirse y la desviación de poder...". Como se puede observar, quedaron más precisados los motivos de ilegalidad, pero ni en 1943, ni en 1946, se desarrolla nada sobre el concepto de la violación, lo cual ha sido producto de construcciones jurisprudenciales. Cabe resaltar que el artículo 26 de la Ley 135 de 1943 fue derogado por la Ley 38 de 2000, dejando abierta la consideración de los motivos de ilegalidad, sin embargo, la jurisprudencia sigue dictando orientaciones.

³⁶⁰ En el Auto de 20 de octubre de 2009, se destaca la importancia del concepto de la violación. Expresamente se indica lo siguiente: "...Vale anotar que, teniendo presente la precitada corriente doctrinal (tutela judicial efectiva), es por lo que en los últimos tiempos se ha venido consintiendo que la necesidad del acceso a la justicia esencialmente por parte de los administrados, no debe ser tan rigurosa y formalista como si es requerido en otras esferas tales como la civil, de hecho, es oportuno que tomemos en cuenta que las normas enunciadas, en este caso, por la parte actora, son parte integral de leyes y reglamentos que comúnmente consultamos en esta jurisdicción, por tanto, aunque desde la promulgación de la Ley N°135 de 1943 se hubiere tenido como esencial el deber de anotar "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación", no es que necesariamente tengamos que arraigarnos a la necesidad transcribir literalmente -aunque se torne ideal- cada disposición invocada, pues lo que sí es intransigible -reiteramos- es la obligación de anotar claramente el concepto de la violación. En cuanto a las disposiciones violadas y el concepto de la violación, lo señalado en el Auto de 4 de marzo de 1998, ha sido la doctrina jurisprudencial imperante hasta la actualidad (Ver Auto de 22 de marzo de 2010 y Auto de 26 de abril de 2010). "...Este es un requisito indispensable que debe cumplir toda demanda contencioso administrativa, a fin de que esta Superioridad pueda analizar el fondo de las causales o motivos de ilegalidad que deben ser debidamente invocados por el actor, al igual que ampliamente explicadas las infracciones de los preceptos en cualquiera de sus modalidades, violación directa por omisión o comisión, interpretación errónea o indebida aplicación de la Ley. De esta manera, si la parte actora no expresa cuales son las disposiciones que se consideran infringidas, la Sala no se puede pronunciar sobre la ilegalidad planteada."

Ley 135 de 1943 cuando sostiene que si la acción es la nulidad de un acto administrativo, se debe individualizar este con toda precisión; y si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ya se trate de indemnizaciones, o de modificación o reforma del acto demandado ya que es notorio que este artículo no fue redactado pensando en las omisiones, el silencio administrativo, ni mucho menos en la inactividad de la Administración.

La jurisprudencia ha desarrollado la forma en que opera el modelo impugnatorio-anulatorio-indemnizatorio cuando existe silencio administrativo, lo cual no incluye expresamente las declaraciones de condena o una orden de hacer, a pesar de que parece haber una rendija en el artículo 43-A, cuando hace referencia al restablecimiento de un derecho y las prestaciones que se pretenden. No obstante, es necesario incluir expresamente en la legislación, la inactividad como objeto del contencioso, mientras se transita hacia un modelo más abierto de acceso, con un conjunto de pretensiones que garanticen la efectividad de los recursos en contra de las omisiones y la inactividad de la Administración. (No obstante lo anterior, en algunas sentencias de la Sala Tercera, se ha visto la posibilidad de que el silencio administrativo ofrezca soluciones alternativas³⁶¹).

Concordamos con **Perrino**, en que las omisiones administrativas se manifiestan de diferentes formas, incluso en ocasiones “encubiertas detrás de una pretensión de

³⁶¹ La Sala Tercera a través de sentencia de 30 de noviembre de 2005, declaró nulo por ilegal la negativa tácita por silencio administrativo en que incurrió la Contraloría General de la República al no contestar una solicitud de pago (ajustes salariales) que le elevara un grupo de funcionarios. En dicha sentencia la Sala dejó entrever que la inactividad por razones presupuestarias no tiene justificación cuando hay un derecho adquirido. “Luego de examinar las violaciones alegadas y los argumentos en que se sustentan, junto al caudal probatorio que reposa en el expediente, la Sala le concede la razón a los recurrentes, pues, ciertamente, con la negativa tácita que se configura ante el silencio a acceder a las pretensiones formuladas en la solicitud que nos ocupa, la Administración desconoce un derecho que legalmente le asiste a los recurrentes, habida cuenta que el Decreto N°95 de 1997, no ha sido declarado ilegal por esta Superioridad, por tanto a la fecha está en firme y es legal. No es dable entonces que ahora la Contraloría General de la República, so pretexto de que desde 1987 hasta el momento de la solicitud no se ha incluido recurso económico alguno para hacer frente a la reclamación del pago del diferencial salarial a favor de los Directores y Subdirectores que también lo eran en julio de 1987 y de Exdirectores y Exsubdirectores que se desempeñaban en esos cargos en ese mismo mes y año, desconozca ese derecho. Ello a todas luces contrasta con el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos en firme que reconozcan derechos a favor de terceros. Al existir pues, un derecho subjetivo conferido por un acto de la Administración, el administrado adquiere un derecho que crea una situación de exclusividad que podrá oponer contra ésta en cuanto se exceda en sus funciones”.

anulación”,³⁶² y el autor cita como ejemplo situaciones que se dan en Argentina, como cuando un tribunal declara la nulidad de una licitación porque previamente no se realizó un estudio de impacto ambiental o deja sin efecto la adjudicación de un contrato o un aumento tarifario en un servicio porque no se ha llevado a cabo a través del procedimiento de audiencia pública.

B. La inactividad administrativa en la legislación panameña

Hay una gran cantidad de situaciones omisivas o de inactividad que no obtienen una tutela judicial efectiva de manera indirecta a través de una pretensión de anulación. Solamente habría que pensar en Panamá en los siguientes ejemplos para demostrar que las pretensiones de anulación del silencio administrativo negativo o acto presunto, no pueden resolver gran parte de las situaciones de inactividad que se pueden dar en la práctica:

1. Falta de reunión de un Órgano decisor

El Decreto Ley 1 de 13 de febrero de 2008 que crea la Autoridad Nacional de Aduanas regula entre otros muchos aspectos, los requisitos para obtener una licencia de idoneidad como Agente Corredor de Aduanas. El Decreto Ley 1, actualmente señala para el otorgamiento de la licencia de idoneidad de los corredores de aduana en su artículo 44, entre otros requisitos, que dicha licencia será otorgada por el “Director de la Autoridad junto con el Subdirector Técnico, previa recomendación favorable de la Junta de Evaluación y Ética, sin que sea necesaria la presentación y aprobación de exámenes correspondientes”. Esta Junta de Evaluación y Ética está regulada en el Decreto Ley, en el Capítulo III, a partir de su artículo 53. La Junta la conforman cinco representantes³⁶³ de diferentes instituciones públicas, los cuales tienen, entre otras funciones, la de evaluar las

³⁶² **Perrino**, Pablo Esteban. “La inactividad administrativa y su control judicial en la Argentina”, dentro de la obra: El Procedimiento Administrativo y el Control Judicial de la Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública, colección Informes y Documentos, 2001, p.84.

³⁶³ “Artículo 53. Creación. Se crea la Junta de Evaluación y Ética como organismo asesor de La Autoridad, la cual estará integrada por: 1. Un representante del Ministerio de Comercio e Industrias; 2. Un representante de la Dirección Consular Comercial de la Contraloría General de la República; 3. Un representante de la Defensoría del Pueblo; 4. El Director General de Ingresos; 5. Un representante de la Autoridad Marítima de Panamá”.

solicitudes de licencia de idoneidad de los agentes corredores de aduanas y hacer las recomendaciones del caso al Director General de la Autoridad.

El Decreto Ley deja el funcionamiento de esta Junta en manos de un Reglamento Interno. Este Reglamento fue aprobado a través de la Resolución N°01-2009 de 26 de mayo de 2009, y establece que las sesiones se deben realizar mensualmente el segundo martes de cada mes sin necesidad de convocatoria, y en caso de que no se pueda realizar, la reunión se convoca automáticamente para el siguiente día hábil; sin embargo, si no hay quórum ese siguiente día hábil, no se señala cuál es la solución, a pesar que el artículo 18 del reglamento indica que si pasados treinta minutos después de la hora señalada para la sesión no se cuenta con el quórum reglamentario, se podrá considerar suspendida la reunión y se procederá a convocar una nueva sesión para otra fecha.

Qué solución jurídica tiene el ciudadano cuya solicitud de licencia de idoneidad cumple todos los requisitos ante la falta recurrente de quórum de la Junta de Evaluación y Ética, o el postergamiento del análisis de solicitudes de idoneidad sin ninguna motivación. Demandar la nulidad de la negativa tácita por silencio administrativo no soluciona el problema de falta de convocatoria de este ente. Además se podría demandar el acto de trámite que impide la continuación del procedimiento, lo cual tampoco tiene mucho sentido si pensamos que lo que se va a solicitar es la declaratoria de nulidad por ilegal de la falta de voluntad de un ente de reunirse, demanda que tendrá muchas posibilidades de ser inadmitida en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

2. Falta de informes o conceptos favorables

Una situación similar se da con las autorizaciones superiores que requiere todo contrato que supere la suma de \$300,000.00 dólares³⁶⁴. En estos casos, si el

³⁶⁴ El segundo párrafo del artículo 70 de la Ley 22 de 2006 que regula la contratación pública en Panamá respecto a las autorizaciones de contratos a partir de ciertos montos señala lo siguiente: "Salvo disposición legal contraria, todo contrato que celebren las entidades públicas a las que se les aplique esta Ley en forma supletoria, y cuya cuantía exceda de trescientos mil balboas (B/.300,000.00) sin sobrepasar los tres millones de balboas (B/.3,000,000.00) deberán contar con el concepto favorable del Consejo Económico Nacional. Los contratos cuya cuantía exceda de tres

contrato, no sobrepasa la suma de \$3,000.000.00 de dólares requiere de un “concepto favorable” del Consejo Económico Nacional, mientras que si sobrepasa esa suma este aval debe ser otorgado por el Consejo de Gabinete. Sin embargo, esta especie de “visto bueno” que en las normas que regulan ambos entes no tiene un plazo máximo previsto para ser otorgado, puede durar en ocasiones un mes (ambos entes se reúnen una vez por semana), o demorar la aprobación sin motivación aparente por varios meses. Si bien la Sala Tercera en reiteradas sentencias ha distinguido entre el “perfeccionamiento del contrato”, el cual se da con el refrendo por parte de la Contraloría General de la República, y el “perfeccionamiento de la adjudicación”³⁶⁵, lo que ocurre cuando se obtienen todas las autorizaciones o aprobaciones requeridas por la ley, qué alternativa tiene un particular o una empresa que ha cumplido con todos los requisitos que señala la ley y el trámite de aprobación del contrato que le fue adjudicado no continúa por inactividad de la Administración. La norma indica que estos entes tienen entre sus funciones otorgar el concepto favorable a los contratos por encima de los montos señalados, o indicar las razones (principio de motivación de los actos) por las cuales no otorgan su concepto favorable, pero lo que no pueden hacer es dejar en una situación de indefensión a un contratista por un tiempo no razonable y sin una

millones de balboas (B/.3,000,000.00) deberán contar con el concepto favorable del Consejo de Gabinete, salvo lo dispuesto en los artículos 122 y 123 de la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana.”

³⁶⁵ En sentencia de 27 de enero de 2000, sobre este tema, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente: “En el presente asunto, al ser la convocatoria a la Licitación Pública 35-96, un acto público cuyo monto era inferior a quinientos mil balboas, requería del concepto favorable del CENA, tal como lo prescribe la norma ut supra de 1995, cuyo efecto estima la Sala es perfeccionar el acto de adjudicación definitivo; mientras ello no ocurra no puede hablarse de ejecutoriedad del acto administrativo, propio de la etapa precontractual con el cual prácticamente culmina esta última, no sin antes recibir la autorización o aprobación del organismo público “asesor financiero” que por la cuantía debía ser el CENA; vale decir que equivalente papel debe cumplir el Consejo de Gabinete, ope legis, ante cuantías dinerarias claramente consignadas en las normas jurídicas copiadas, salvo disposición con rango de Ley en contrario. Antes de la intervención de los organismos de asesoría financiera señalados, no es posible entender que jurídicamente existe ejecutoriedad del acto porque no se han cumplido todas las etapas propias para su formación; tampoco existe su ejecutividad, que implicaría el obligatorio cumplimiento del acto, en este caso de adjudicación definitiva; de lo que se desprende que si se emite concepto no favorable a la prosecución del trámite contractual entre el Estado y el licitante, como ha ocurrido en el presente caso, el adjudicatario no puede alegar derechos a la formalización de contrato, ya que la adjudicación no se entiende ejecutoriada sin el correspondiente trámite de aprobación o autorización, y tampoco puede exigir compensación dineraria por los gastos incurridos en el proceso licitatorio”. En el mismo sentido véase sentencias de la Sala Tercera de 30 de enero de 2006 y 2 de septiembre de 2008.

explicación, por más que estemos en el terreno de las decisiones discrecionales de la Administración y de los actos preparatorios de la voluntad administrativa.

3. Inactividad reglamentaria

Con relación a la inactividad reglamentaria, solamente habría que revisar la legislación panameña de alguna materia específica, para observar las referencias existentes a la reglamentación de la Ley, donde en ocasiones incluso se establecen plazos para la emisión de la misma, que en muchos casos se incumplen. En materia de contratación pública, podemos ver que la Ley 22 de 2006, establece obligaciones expresas de reglamentación por parte de la Administración, como por ejemplo, en su artículo 8 que obliga al Estado a promover las micro, pequeñas y medianas empresas a través de la contratación pública:

Artículo 8. Promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas. El Estado promoverá la participación competitiva de las micro, pequeñas y medianas empresas en determinados actos de selección de contratista que realicen las instituciones públicas. Todo lo relacionado con esta materia será reglamentado por el Órgano Ejecutivo. (Lo subrayado es nuestro)

Todavía no existe una reglamentación que establezca mecanismos de promoción para esta categoría de empresas, y para forzar al Órgano Ejecutivo a que dicte la reglamentación que contenga las medidas, tendría que presentarse una solicitud formal y esperar la contestación, la cual si no se produce, generaría una negativa tácita por silencio administrativo y el derecho del demandante a acudir a la Sala Tercera a través de un recurso cuya naturaleza no queda clara, ya que si es presentada por una micro, pequeña o mediana empresa, podría considerarse que hay un interés subjetivo en el resultado del juicio, por lo que tendría que demandarse a través de un recurso subjetivo de plena jurisdicción con el riesgo de que la Sala Tercera invoque el numeral 1 del artículo 200 de la Ley 38 y considere que no se trata de un acto recurrible ante la Sala. Por otro lado, si un particular no afectado

directamente, o un gremio realiza la solicitud por el mero interés de que se cumpla la ley, no parece existir en nuestra legislación la posibilidad de demandar la inactividad a través de una acción de nulidad, porque no hay un acto administrativo de carácter general o una disposición que acusar de ilegal, por lo que tendrían que presentar la solicitud, argumentar que existe un interés difuso, esperar el silencio administrativo en caso de falta de respuesta, y proceder a presentar una demanda de plena jurisdicción.

Debería existir la posibilidad de demandar directamente la omisión o inactividad de la Administración cuando la norma ordena a que se reglamente un artículo de la ley, independiente de que establezca o no un plazo para que ocurra. No resulta muy coherente que para solicitar un derecho que está en la Ley, tenga que fabricarse una negativa tácita por silencio administrativo, luego solicitar que se declare nula por ilegal dicha negativa, y se ordene a la Administración que proceda a llevar a cabo la reglamentación, con el riesgo de que la Sala invoque el carácter revisor de actos administrativos del sistema contencioso administrativo y niegue el recurso por no considerar que la solicitud es de las que originarían un acto recurrible de no haberse producido el silencio.

4. Pago de intereses moratorios

En materia de intereses moratorios, la ley de contratación pública (Texto único de la Ley 22 de 2006) señala en el numeral 10 del artículo 13, que son obligaciones de las entidades contratantes efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo, de lo contrario si la dilación no es imputable al contratista, este tendrá derecho al pago de los intereses moratorios.³⁶⁶ El numeral 11 por su parte señala como otras de las obligaciones de

³⁶⁶ El artículo 79 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 señala respecto al pago de los intereses moratorios, la forma en la que se deben calcular, pero no establecen cual es el procedimiento para su cobro. “Pago. Las entidades contratantes deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. Si dichos pagos los realiza la entidad contratante en fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, este tendrá derecho al pago de los intereses moratorios con base en lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal. Esto también aplica en caso de que un contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad estipuladas en el contrato respectivo”.

las entidades contratantes, la programación dentro de su presupuesto, de los fondos necesarios para hacerle frente al pago de intereses moratorios cuando estos se presenten. Sin embargo, el procedimiento para la exigencia de intereses moratorios, y para la programación del presupuesto arriba mencionado, no han sido debidamente reglamentados, lo que dificulta la gestión del cobro de los mismos por los contratistas que tendrían el derecho a exigirlos. Solicitar a la Administración que en virtud de su inactividad proceda a regular el procedimiento para el cobro efectivo de los intereses moratorios, y producto de la eventual negativa tácita, quede abierta la vía del contencioso administrativo para que se declare dicha negativa nula por ilegal y se ordene su reglamentación, parece un camino muy largo para exigir a la Administración que cumpla con su deber de reglamentar las materias que no tienen un claro procedimiento en las leyes.

5. Necesidad de actuaciones o actos interlocutorios

Los actos interlocutorios que se requieren para ciertas aprobaciones, por ejemplo, para el otorgamiento de solicitudes de personería jurídica para constituir una Fundación u Organización no Gubernamental sin fines de lucro. (Que dependiendo de la orientación requieren autorizaciones de otras instituciones) o el caso de los avisos de operación, que requieren de requisitos previos otorgados por otras dependencias. En estos casos la inactividad de la Administración en el otorgamiento de certificaciones o requisitos previos puede afectar el derecho subjetivo de una organización en formación en el primer caso, o de un particular o empresa que desea iniciar un negocio en el segundo, y la figura del silencio administrativo negativo no ofrece soluciones satisfactorias.

6. Designación de servidores públicos

El artículo 793 del Código Administrativo, respecto a los funcionarios designados por periodos fijos señala lo siguiente:

“Ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su periodo haya transcurrido sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado al efecto, o el suplente respectivo”.

Esta norma obliga a todo funcionario designado por un periodo determinado (ministros, magistrados, administradores, gerentes de entidades autónomas, alcaldes, tesoreros municipales, entre otros) a permanecer en su puesto o cargo hasta que su sucesor sea designado.

En el caso de las designaciones que no requieren ratificación de la Asamblea Nacional, como es el caso de los Ministros de Estado³⁶⁷, la situación se resuelve dentro de plazos razonables una vez se da la toma de posesión del Presidente de la República; sin embargo, en la práctica, las designaciones que para entrar en vigor dependen de las mencionadas ratificaciones requieren en ocasiones de acuerdos políticos que toman algún tiempo, al igual que por ejemplo las de los tesoreros municipales cuyo nombramiento realiza el Alcalde pero requieren la ratificación del Concejo Municipal.³⁶⁸

Las preguntas que cabe hacerse con relación al tema que nos ocupa es ¿cuánto tiempo debe esperar el funcionario al que se le venció el periodo o es destituido mientras se da la nueva designación? ¿Cuál es su opción jurídica frente a la inactividad de la Asamblea Nacional u otros entes colegiados de lo cual depende su tiempo de permanencia en el cargo y que no tienen un plazo cierto para ejercer esta

³⁶⁷ El artículo 161 de la Constitución Política panameña en su numeral 4 señala como una de las funciones administrativas de la Asamblea: “Aprobar o improbar los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Procurador de la Nación, del Procurador de la Administración y los demás que haga el Ejecutivo y que, por disposición de esta Constitución o la Ley, requieran la ratificación no podrán tomar posesión de su cargo hasta tanto sean ratificados”.

³⁶⁸ La Sala Segunda de lo Penal, en sentencia de 17 de julio de 2001 resolvió que no constituía usurpación de funciones el mantenerse en el cargo a pesar de no haber sido ratificado en un segundo periodo en el cargo público: “Concluye la Sala que a la luz de lo establecido en el artículo 793 del Código Administrativo el licenciado Romel Adames tenía la obligación de mantenerse en el cargo para el cual fue nombrado nuevamente por el Ejecutivo”.

La Procuraduría de la Administración fue más allá en la interpretación del artículo. En consulta C-07-13 de 15 de febrero de 2012 absuelta al Presidente del Consejo Municipal del Distrito de Chame, señaló: “que en el evento que se produzca la destitución del tesorero municipal, el mismo deberá permanecer en su cargo hasta que el nombramiento de su reemplazo haya sido objeto de ratificación por el Concejo Municipal y el nuevo funcionario haya tomado posesión del cargo, de acuerdo con la obligación que le impone el artículo 793 del Código Administrativo; y, durante ese lapso, puede ejercer las funciones propias de su cargo, entre las que se incluyen las de refrendar los cheques, realizar los aforos y cobrar los impuestos municipales”.

función, pero tienen la obligación constitucional y legal de realizarla? ¿Tiene el funcionario que elevar una petición o solicitud formal para producir un acto administrativo, o esperar que luego de dos meses se produzca la denegatoria tácita por silencio administrativo y poder demandar su nulidad y solicitar a la Sala Tercera a su vez que ordene que se realice la designación de su sustituto?

Con la falta de designación del nuevo funcionario público dentro de un periodo razonable se podría estar violando el derecho subjetivo que tiene el servidor público que terminó su periodo, de atender sus asuntos personales, aceptar una nueva opción laboral o ejercer una iniciativa empresarial, por lo que habría que sopesar bien el interés público que quiere preservar el artículo 793 del Código Administrativo frente a la vulneración de derechos e intereses legítimos que pueda darse con la excesiva dilación de la designación de su reemplazo.

Existen otros muchos ejemplos en la casuística panameña que representan muestras de como la figura del silencio administrativo es insuficiente e ineficiente para atacar la vulneración de derechos subjetivos producto de las omisiones, e inactividad formal o material de la Administración, pero consideramos que en este punto resulta necesario analizar cuál es el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia panameña a este tema.

C. Las omisiones y la inactividad de la Administración en la jurisprudencia panameña

En relación con el tratamiento que han recibido las demandas contra omisiones o inactividad de la Administración por parte de la jurisprudencia panameña habría que empezar identificando cuál era la tendencia dominante hasta que empezó a reconocerse que el silencio administrativo era la solución jurídica frente a las omisiones administrativas haciendo la conexión con el artículo 206 de la Constitución Política panameña, y en qué medida en la actualidad, la jurisprudencia ha empezado a brindar soluciones frente a la inactividad de la Administración tanto formal como material.

Mediante auto de 13 de noviembre de 2001, se inadmitió, luego de la apelación a la admisión presentada por la Procuraduría de la Administración, una demanda de plena jurisdicción presentada para “que se ordene a la Ministra de la Presidencia y a la Nación Panameña, el pago de los gastos de representación, viáticos y emolumentos, de manera inmediata, presente, futura y retroactiva, desde la fecha en que fueron expedidas las credenciales como Diputado del Parlamento Centroamericano; y el pago de salarios para su Suplente”.

Vamos a reproducir la parte medular de la apelación de la Procuraduría por la importancia que revisten sus argumentos para efectos de nuestro estudio:

"Como se observa, el recurso contencioso administrativo no está dirigido en contra de un acto expreso o presunto (negativa tácita por silencio administrativo), que haya puesto fin a la vía administrativa, sino que a través de éste se pretende se ordene directamente al Órgano Ejecutivo el pago de una suma de dinero al demandante.

...

Como es bien sabido, mal puede la Corte, conceder los derechos aducidos en la demanda si la parte actora no ha pedido la declaratoria de nulidad de la negativa tácita por silencio administrativo, esto es, el acto tácito que debe atacarse en primer lugar, ya que perfeccionó el agotamiento de la vía administrativa.

...

Por otro lado, de no aceptarse éste criterio, estaría claro que el demandante no ha agotado la vía gubernativa, pues su solicitud a la Ministra de la Presidencia en su condición de Diputado del Parlacen, para que se ordenara y gestionara la inclusión dentro de las partidas presupuestarias correspondientes de los gastos de representación, viáticos, dietas y demás emolumentos a los que por Ley dice derecho tener, fue respondida señalándosele que dicha petición debía ser presentada ante el Ministerio de Economía y Finanzas, institución facultada legalmente para

elaborar el Presupuesto General de Rentas y Gastos del Estado. Dicho acto, que no es el atacado por la abogada del demandante y que en todo caso no es de los recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues no es un acto o resolución definitiva, ni una providencia de trámite que decide directa o indirectamente el fondo del asunto, traduce una declinación de competencia, que no dejaba otra alternativa al demandante sino la de presentar su solicitud ante Ministro de Economía y Finanzas.

Si en su momento, el Encargado de la Cartera Financiera y Económica del Estado denegaba expresa o tácitamente dicha petición de la parte actora, quedaba en manos de ésta interponer el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción del caso, a fin de que Vuestro Honorable Tribunal no solo anulare el acto denegatorio de la solicitud, sino que también ordenara el restablecimiento o reparación del derecho subjetivo lesionado (el pago de las sumas adeudadas en concepto de gasto de representación).

Si bien el artículo 98 del Código Judicial, en concordancia con el artículo 203 de la Constitución Política, señala que a la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servicios públicos, las actividades administrativas que la Sala de lo Contencioso Administrativo conoce son especificadas en los numerales 1 al 15 del mismo artículo 98 del Código Judicial y dentro de ellos no se contempla como objeto del recurso contencioso administrativo la inactividad de la Administración." (Lo resaltado y subrayado es nuestro).

El resto de la Sala al analizar la apelación coincidió con la Procuraduría de la Administración y decidió revocar la providencia de admisión e inadmitir la demanda sobre la base de los siguientes argumentos:

“La parte actora interpuso demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción ante esta Sala, requiriendo se ordene directamente a la Ministra de la Presidencia y a la Nación Panameña el pago de las sumas correspondientes a los gastos de representación, viáticos, emolumentos y otros, de los cuales considera tener derecho.

Visto lo anterior se observa que, pese a la negativa tácita por silencio administrativo en que incurrió la Ministra de la Presidencia al no responder la petición presentada en el término de dos meses que la ley señala, el recurrente no requirió la declaratoria de nulidad de tal negativa, que en todo caso representa el acto por medio del cual se perfeccionó el agotamiento de la vía gubernativa.

Por otro lado, se puede observar que la contestación de la Ministra de la Presidencia representa una simple declinatoria de competencia, lo cual no constituye un acto definitivo, ni una providencia de trámite que decida directa o indirectamente el fondo del asunto. Tanto es así que, de haber sido objeto de impugnación por el recurrente, dicho acto no constituiría un acto recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa de conformidad con lo preceptuado por el artículo 42 de la Ley 135 de 1943.

Frente a las circunstancias planteadas, este Tribunal de Segunda Instancia estima que el recurrente debió en su momento presentar la solicitud arriba indicada al Ministerio de Economía y Finanzas, tal como lo señaló la Ministra de la Presidencia, y que en caso de que el Encargado de dicha Institución, denegara expresa o tácitamente tal petición, le correspondería al actor ocurrir en demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción ante esta Corporación.

En estas condiciones, esta Superioridad conceptúa que le asiste la razón a la Procuradora de la Administración toda vez la

demanda incoada no cumple con los requisitos legales que permitan su admisión.”

Como se observa en la decisión de la Sala, se reconoce la solicitud de la Procuraduría, pero no se respalda la afirmación de que el contencioso administrativo panameño no contempla la inactividad de la Administración como objeto de recurso ante la Sala Tercera. Mal podría indicarse esto si la Constitución contempla las omisiones como objeto del recurso y el propio artículo 97 del Código Judicial que desarrolla sus atribuciones, en desarrollo de la Constitución, reconoce en el encabezado del artículo esta situación. Lo que indica el auto emitido, es que el señalamiento directo de inactividad no tiene un cauce procesal en la norma, por lo que hay que recurrir a la ficción del silencio administrativo para que se declare nula por ilegal la negativa tácita y se ordene lo solicitado, lo cual en un Estado de Derecho moderno debería ser superado cuando hay de por medio un derecho subjetivo o un interés legítimo conculcado por la Administración; sin embargo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa y la obligación de agotar la vía gubernativa para que la Administración no sea sorprendida en juicio por no haber tenido la oportunidad de ponderar su decisión en un procedimiento administrativo previo con la obligación del agotamiento de la vía por el particular, representan instituciones cuya modificación es necesaria, y requiere de un amplio debate nacional.

El tema de la inactividad de la Administración fue invocado muchos años después por los abogados de las víctimas del incendio del Autobús 8B-06³⁶⁹, los cuales reclamaron en nombre de los familiares de algunas de dichas víctimas, indemnizaciones por daños y perjuicios, a través de demandas contencioso administrativas, y que se condenara a la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (Estado Panameño), al pago de sumas millonarias en concepto de daños

³⁶⁹ El 23 de octubre de 2006 murieron calcinadas 18 personas en un bus de transporte público en la ciudad de Panamá frente a la mirada de personas que no pudieron hacer nada para sacar a las personas del bus, el cual tenía ventanas herméticas y no contaba con una puerta alternativa de seguridad para el caso de accidentes. El incendio obedeció a problemas en el sistema de aire acondicionado. Diario Panamá América, edición de 24 de octubre de 2006, Diario La Prensa, edición del viernes 30 de marzo de 2007.

y perjuicios materiales y morales, causados por la prestación defectuosa y anormal del servicio público de transporte.³⁷⁰

El Procurador de la Administración se opuso a la admisión de la demanda, alegando no se había probado el agotamiento de los medios para exigir la responsabilidad penal al funcionario que hubiese causado el daño y en segundo lugar que no se ha demostrado que el Estado sea responsable subsidiariamente por el monto de los daños y perjuicios derivados de hechos punibles cometidos por los servidores públicos con motivo del desempeño de sus funciones. Los abogados de la demandante, se opusieron a estos argumentos, señalando que más que el reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria del Estado por el mal funcionamiento de los servicios públicos, la acción persigue que se reconozca la culpa extracontractual del Estado a través de la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre, entidad que de acuerdo con las leyes 14 de 1993 y 34 de 1999 tiene la responsabilidad de supervisar, fiscalizar, dirigir y controlar el servicio público de transporte, y los hechos que motivan esta demanda corroboran una **inactividad administrativa** con la que se han lesionado los derechos de los demandantes.

La Sala admitió la demanda citando entre otras normas, el artículo 17 y 18 de la Constitución, y manteniendo la posición jurisprudencial de que en estos casos, no es necesario agotar la vía administrativa, es decir, no es necesario obtener un silencio de la Administración producto de una petición previa.

“En el caso que nos ocupa, a juicio de esta Superioridad no aplica la situación prevista en el artículo 126 del Código Penal, toda vez que la actuación objeto de la demanda de indemnización en cuestión está fundamentada en los daños y perjuicios causados por la prestación anormal de los servicios públicos contexto que se enmarca en las acciones reconocidas dentro del numeral 10 del artículo 97 del Código Judicial arriba citado, fundamento legal que observa la Sala de las constancia

³⁷⁰ Por ejemplo, la firma Cochez, Martínez & Asociados en representación de Lidia Esther Atencio Rojas y Luis Elías Contreras Valdés, en el año 2007 presentaron una demanda contencioso administrativa para que se condene a la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (Estado panameño), al pago de diez millones de dólares (B/.10,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios materiales y morales, causados por la prestación anormal del servicio público de transporte.

que conforman el expediente que citan atinadamente los demandantes.

Frente a lo anotado, importa acotar que en las indemnizaciones por daños y perjuicios surgidas a consecuencia de la mala prestación de un servicio público la Sala mantuvo el criterio de que previo a accionar por este supuesto se debía agotar la vía gubernativa, no obstante, tal criterio fue superado manteniendo el criterio ahora de que la acción de indemnización que este fundamentada en la defectuosa prestación del servicio público puede ser planteada ante esta jurisdicción sin la necesidad del agotamiento de la vía gubernativa, de lo que interpretamos que en el caso que nos ocupa tampoco se puede pedir el agotamiento de la vía penal...

...Igualmente, el Tribunal ha sostenido que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene fundamento sobre las garantías fundamentales de los derechos y deberes individuales, específicamente en sus artículos 17 y 18 que constituye la concepción social del Estado, al preverse que las autoridades de la república serán instituidas para proteger en sus vidas, honra, y bienes a los nacionales donde se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción, y asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y el artículo 18 prevé el principio de responsabilidad personal de los funcionarios públicos por infracción de la Constitución, la Ley y extralimitación de funciones.

Ante lo anotado este Tribunal de Segunda Instancia debe concluir que como quiera que la acción indemnizatoria en cuestión está encaminada a obtener la indemnización por daños y perjuicios surgidos de la defectuosa prestación del servicio público de transporte, para su admisión no es requisito el agotamiento de los medios que acrediten la responsabilidad penal, ya que no es la situación que plantean los demandantes,

por tanto, mantiene el criterio exteriorizado por el magistrado Sustanciador en el auto impugnado.”

Si bien, ni el auto, ni la sentencia de fondo consideraron la tesis de la inactividad de la Administración representada por las omisiones en la debida fiscalización de la prestación del servicio público por parte de un concesionario de un cupo para la prestación del mismo, invocada por los abogados de la parte demandante, lo planteado por los mismos llama a la reflexión sobre si es posible en nuestro sistema solicitar a la Administración que cumpla con su labor fiscalizadora de los servicios públicos otorgados en concesión, por ejemplo, solicitando directamente que se ordene al ente respectivo a que proceda a emitir una normativa que permita la verificación del cumplimiento de lo que señala la Ley. Como se observa en la sentencia transcrita, la jurisprudencia varió su criterio respecto al agotamiento de la vía administrativa en los casos de indemnizaciones de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual de la Administración por la defectuosa prestación del servicio público, por lo que bien podría ensayarse en un futuro cercano, un cambio de criterio respecto a las omisiones y su tratamiento jurídico.

En tres pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de la revisión que llevamos a cabo de la jurisprudencia, a partir del año 2000, observamos que se llegó a reconocer el control de la inactividad de la Administración. En el auto de 23 de febrero de 2007 de forma directa y en la sentencia de 6 de febrero de 2012 y en otro auto de 2012, de manera indirecta. Estas decisiones de la Sala podrían representar la puerta de entrada de un cambio de criterio sobre el tema.

El auto de 23 de febrero de 2007 fue dictado producto de un recurso objetivo de nulidad con la finalidad de que se declare nula por ilegal la omisión administrativa en que incurrió el Ente Regulador de los Servicios Públicos al no emitir la autorización administrativa que le permite a las Empresas de Distribución Eléctrica la nueva actualización tarifaria aplicable al semestre de enero - junio de 2006.

La demanda de nulidad fue originalmente inadmitida debido a que el Magistrado Sustanciador sostuvo que "...el demandante en el apartado de lo que se demanda,

indica una interpretación subjetiva sin concretar o individualizar con precisión cuál es el acto administrativo que se impugna. En consecuencia, en el presente negocio, la pretensión intentada por el postulante no encuentra sustento jurídico que permita la viabilidad de la acción interpuesta". (f. 32)". (Lo resaltado es nuestro).

El apelante en su oposición al Auto inadmisorio argumentó que la Sala "no puede de manera práctica juzgar los actos administrativos producto de omisiones administrativas por parte de una entidad gubernamental". En contraposición, afirma que "de conformidad con el artículo 97 del Código Judicial y 206 de la Constitución Política, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo tiene competencia para conocer de los procesos que se originan por omisiones de los servidores públicos y que negar esto es una auto-limitación al derecho del ejercicio jurisdiccional que se estaría imponiendo la Sala Tercera."

El resto de la Sala constituida en Tribunal de Apelaciones, destacó, que de conformidad con el artículo 97 del Código Judicial, la Sala Tercera tiene competencia para conocer de los procesos que se originen por actos u omisiones de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones cuando sean acusados de ilegales, y reconoció expresamente, que las **"omisiones que provengan de una inactividad por parte de los servidores públicos pueden tener consecuencias jurídicas no solo relacionadas con surgimiento del derecho del afectado a pedir una indemnización por daños y perjuicios, sino con la vulneración de las disposiciones legales que gobiernan el país"**. En consecuencia, estimó que se encontraban en presencia de un acto impugnante ante la Sala Tercera, toda vez que producto de la aludida inactividad puede estarse lesionando el ordenamiento jurídico y en el momento procesal oportuno, se procederá a dirimir si en efecto la autorización para que las empresas de transmisión eléctrica publiquen la actualización tarifaria de un determinado período, constituye o no un requerimiento del artículo 99 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997.

En otro caso, a través de la sentencia de 6 de febrero de 2012, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia declaró nulo por ilegal el Decreto de Personal N°395 del 8 de septiembre de 2009, emitido por el Presidente de la República, por conducto del Ministro de Relaciones Exteriores, así como sus actos confirmatorios, y ordenó el

reintegro del señor Isaac Álvarez Núñez al puesto que ocupaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores al momento de su destitución o a otro de igual jerarquía y remuneración.

El señor Álvarez fue destituido a pesar de ser funcionario de carrera administrativa en virtud de que el artículo 21 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009 “Que reforma la Ley 9 de 1994, que desarrolla la Carrera Administrativa, y la Ley 12 de 1998, que desarrolla la Carrera del Servicio Legislativo, y dicta otras disposiciones”, dejó sin efecto todos los actos de incorporación de los servidores públicos a la Carrera Administrativa, realizados a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas la instituciones públicas. No obstante lo anterior, la Sala advirtió que se omitió el hecho de que el demandante se encontraba amparado por la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005 “Que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral”.

El Procurador de la Administración en su vista fiscal manifestó que el demandante no estaba amparado por la Ley 59 de 2005, “al no haber hecho uso de los medios probatorios previstos en dicha norma para acceder a la protección que la misma le hubiera reconocido en caso de haber acreditado que padecía de algún padecimiento crónico de aquellos que prevé dicha excerta legal”.

Dicha Ley señala en su artículo 5, lo siguiente:

"Artículo 5. La certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral **será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin.**

Mientras la comisión no expedida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley." (Lo resaltado es nuestro).

La Sala aclaró, que se está omitiendo el hecho de que al momento de la destitución, a pesar de estar vigente la Ley, no se había nombrado la Comisión Interdisciplinaria que debía expedir dicha certificación por lo que el afectado con la destitución tuvo que probar su situación de discapacidad a través de la Nota N°173/CEE/HST de 1 de octubre de 2009 (f.10) en la que el doctor Guillermo Rodríguez, Foniatra Audiólogo del Hospital Santo Tomás, certifica que el señor Isaac Álvarez tiene una pérdida auditiva bilateral moderada a grave que lo coloca en la condición de discapacitado auditivo.

La Sala consideró, “que el incumplimiento de la presentación de la certificación expedida por la Comisión Interdisciplinaria que refrende la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, no le es atribuible al demandante, pues es la consecuencia de la inactividad de la Administración al no nombrar a la Comisión Interdisciplinaria que debe expedir dicha certificación.”³⁷¹

³⁷¹ La Sala Tercera en esta sentencia, respecto al tema de la inactividad, el cual no formaba parte de su doctrina jurisprudencial, para explicar cuando nos encontramos frente a este fenómeno, citó al autor argentino **Pablo Esteban Perrino**, el cual la explicó con bastante claridad, de la siguiente manera: "...De modo tal que para que medie inactividad administrativa deben reunirse las siguientes tres condiciones: a. La existencia de una obligación de obrar normativamente impuesta. Es preciso que la omitida sea una obligación, un deber concreto, y no un deber que opere en forma genérica o difusa. Si bien corresponde al legislador y a la propia Administración dictar las normas que fijen las pautas o criterios a los que ella debe someterse y cuyo quebrantamiento generará su deber de responder, ello no siempre es así. La ausencia de regulaciones específicas y concretas que fijen la forma en que la Administración deberá llevar a cabo su quehacer como también los niveles mínimos del servicio, ocasiona un delicado problema para los jueces al momento de evaluar si el comportamiento administrativo fue regulador o irregular y, por ende, configuró una falta de servicio. En tales casos, la Administración responderá cuando transgreda o no alcance los estándares medios y comparativos de actuación que deberán ser fijados por los tribunales, lo cual trae aparejado un serio riesgo, pues si se fijan ficticiamente los niveles de normalidad de los servicios por encima de lo que acontece en la realidad se producirá la admisión generalizada de la responsabilidad estatal, y si, por el contrario, el parámetro se determina muy por debajo del rendimiento real, la responsabilidad pasará a ser algo excepcional. Por tal motivo, para la determinación de estos estándares de rendimiento medio del servicio deben ponderarse factores que varían en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos. Es evidente, entonces, que no existe una pauta fija y única aplicable en todos los tiempos y lugares. b. El incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa, lo cual puede deberse a la total pasividad de la Administración (omisión absoluta), como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo (omisión relativa). c. Que la actividad que la Administración omitió desarrollar era materialmente posible, pues como dice Nieto: "el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible". Para que nazca el deber de responder es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño mediante el ejercicio de sus funciones de policía. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa".

En la sentencia, también hay una referencia directa al tema de las omisiones administrativas y la responsabilidad estatal que acarrearán las mismas, cuando el daño es evitable, en este caso, la destitución ilegal del funcionario.³⁷²

Como corolario, la Sala invoca la vulneración de otra norma que protege a las personas con discapacidad, la Ley N°42 de 1999, que crea para las instituciones del Estado, la responsabilidad de garantizar dentro de sus competencias “el pleno goce de los derechos a las personas con discapacidad” conectando esta protección con el artículo 17 de la Constitución que establece la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger la vida, honra y bienes de las personas; de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes. A su vez, consideró que el acto impugnado vulneró el artículo 27 de la Ley 25 de 10 de julio de 2007 “Por la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, adoptados en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”, que obliga al Estado panameño a mantener una conducta enmarcada en el reconocimiento de esos derechos y principios consagrados en esa Convención a favor de las personas con discapacidad.

Si bien, la Sala Tercera de forma reiterada ha indicado que no se deben invocar como violadas normas de la Constitución³⁷³, vemos que fue la propia Sala la que

³⁷² En la sentencia se cita a otro jurista argentino para llamar la atención sobre la responsabilidad estatal por omisiones antijurídicas, en este caso, la falta de designación de la Comisión Interdisciplinaria: “Por su parte, el jurista Fabián O. Canda, en la obra Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público (Ediciones RaP, Argentina, 2008, p.147), expone lo siguiente: Así existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva sucedido”.

³⁷³ Auto de 11 de diciembre de 2009: “En lo perteneciente a las disposiciones legales infringidas, se indica el artículo 74 de la Constitución Política así como el parágrafo segundo del artículo 2 de la Ley No. 59 de 2005. Es pertinente recordarle al accionante, que la función de la Sala Tercera, es el control de la legalidad sobre el acto administrativo, por lo tanto, no se pueden invocar normas constitucionales como violadas, lo que en todo caso, se recomienda como técnica forense, es buscar una norma legal que recoja el precepto constitucional aludido, para que si no se reconociere en lo contencioso, proceda entonces, después de cumplida la definitividad del acto, ya que se siguió la regla de preferencia de lo contencioso administrativo sobre lo constitucional; cabría irse a la vía constitucional en carácter subsidiario, para la mayoría de los casos (a excepción del fuero de maternidad, que inclusive la jurisprudencia ha dicho que se aconseja que las acciones se surtan de forma paralela, tanto la administrativa como la constitucional). No podemos olvidar que el control posterior de la constitucionalidad es conocido por el Pleno de la Corte Suprema, no por sus demás Salas.” Ver también Auto de la Sala Tercera de 30 de noviembre de 2006. La Sala ha ido

invocó el artículo 17 de nuestra carta política, y en cuanto a la aplicación de los convenios internacionales que son leyes de la República, vemos la posibilidad de invocar su aplicación directa, en este caso, en favor del control de la inactividad.

Al final de la sentencia la Sala entreabre la puerta para el control de las omisiones dentro de las cuales cabe perfectamente la inactividad administrativa, al señalar que es “deber de las autoridades de la República y de quienes ejercemos el control de su actividad, la efectividad de los derechos individuales y sociales. Por lo tanto, a juicio de la Sala, al señalar el último párrafo del artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, reformado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, que mientras la comisión interdisciplinaria, no expedida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta ley, incumple con este deber consagrado tanto en la ley como en la Constitución”.

Los elementos de juicio contenidos en el auto y la sentencia analizados, brindan espacio para que pueda ser ensayada una demanda directa en contra de casos de inactividad formal o material de la Administración, aunque siempre con el riesgo de que la Sala considere que se debe producir el agotamiento de la vía administrativa luego de la falta de contestación de la petición, obligando al demandante a producir una negativa tácita producto del silencio administrativo, quedando desnaturalizada de alguna manera la pretensión de que se dicte una orden de hacer de manera eficaz, rápida y directa, sin necesidad de que se demande la nulidad de la negativa tácita.

Por otra parte, no hay que dejar de lado que en reiterados autos y sentencias, ha quedado plasmado que la solución jurídica frente a la inactividad, (sin hacer referencia a si es formal o material, lo cual no diferencia todavía claramente nuestra doctrina jurisprudencial) es a través del silencio administrativo³⁷⁴. De hecho, la cita

flexibilizando este requisito cuando se citan como infringidas normas constitucionales, pero acompañadas de otras normas de rango legal o reglamentario.

³⁷⁴ Véase Sentencia de la Sala Tercera de 3 de julio de 2008, producto de la Demanda Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción Interpuesta por el Licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, actuando, en representación de Franklin Álvarez para que se declare nula, por ilegal la negativa tácita por silencio administrativo en que incurrió el Ministro de Educación, al no dar respuesta a la solicitud

que se repite en los autos y sentencias de forma recurrente en los últimos años es la siguiente³⁷⁵:

“En torno al tema, ésta Superioridad se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. A manera de ejemplo, citamos un extracto de la resolución de fecha 18 de septiembre de 1998, a saber:

‘...Veamos primero qué se entiende por silencio administrativo. Para el tratadista Roberto Dromi "comprende la inactividad o pasividad de la Administración, que no se expide en tiempo y forma sobre las peticiones formuladas, por lo que por vía legal y presuntiva se equipara la omisión a la resolución tácita denegatoria." (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 6ta ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1997, pág. 853)...’”

De la cita, se observa que se hace referencia a las peticiones para que haya silencio administrativo como una reacción a la inactividad o pasividad de la Administración, sin embargo, ha sido utilizada para la generalidad de los casos. Por otro lado, la Sala ha advertido (como vimos en la sentencia del señor Álvarez), la relación entre la mala fe de la Administración y la inactividad reglamentaria, lo que ayuda a que la jurisprudencia adopte criterios más amplios frente a las omisiones y la inactividad mientras se llevan a cabo las modificaciones legislativas que permitan demandar la inactividad formal y material de la Administración de forma más directa y con un sistema de pretensiones que garanticen de mejor forma la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos vulnerados con su pasividad.³⁷⁶

de pago de los salarios dejados de percibir por el demandante. En sentido similar, véase la sentencia de 30 de noviembre de 2005, emitida a consecuencia de la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Dr. Víctor Vega Reyes, en representación de Leonidas Villaverde Cajar, Edilma Maitín de López, Vilma Novelly Médica, Ricardo Quijano M., Ana V. de Robles. Julio C. Arjona, Amilcar Villareal Landay, para que se declare nulo por ilegal, el silencio administrativo de la Contraloría General de la República, al no contestar la solicitud de 21 de junio de 2001, concerniente al pago del diferencial salarial, y para que se hagan otras declaraciones.

³⁷⁵ Véase también el Auto de 27 de marzo de 2006, Auto de 29 de abril de 2010 y el Auto de 3 de diciembre de 2010.

³⁷⁶ En sentencia de 18 de enero de 2008 producto de una demanda de plena jurisdicción presentada en representación de Hospitales Nacionales S.A. para que se declare nula por ilegal la Resolución N°009 del 27 de julio de 2003 dictada por la Dirección de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio e Industrias, la Sala Tercera expresó sobre el tema que nos ocupa lo siguiente: “Al

Título V

Acto administrativo, tutela judicial efectiva y acceso al Contencioso Administrativo

A. La tutela judicial efectiva y su raigambre constitucional y convencional

Nuestra Constitución Política, a diferencia de otras constituciones como la española, no menciona expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva como principio inspirador garante de procesos sin excesivas formalidades y de un amplio acceso a la justicia, sin embargo, esto no ha sido impedimento para que la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia lo invoque como una extensión del principio del debido proceso legal contenido en el artículo 32 de la Constitución, y con base en la Teoría del Bloque de la Constitucionalidad, que introducido en

adentrarse al examen de legalidad que se solicita, la Sala advierte que habiendo la empresa demandante presentado su solicitud a la autoridad competente para acogerse en tiempo oportuno a los beneficios de la Ley 54 de 1998, resulta un proceder contrario a la Buena Fe que debe presidir los actos de la administración negarle al interesado la tramitación de dicha petición sosteniendo que la ley que confiere los beneficios aún no había sido reglamentada... En el caso que se examina la situación contraria a la Buena Fe que ha causado agravios a la empresa demandante se configura desde el momento en que la administración rehúsa tramitar una solicitud presentada por el interesado invocando falta de reglamentación de la Ley. De igual forma se advierte una conducta contraria a la Buena Fe cuando la administración dicta cuatro años después de la presentación de la petición una resolución negando la inscripción al régimen especial argumentado que el interesado no cumplió con ciertos requisitos instituidos en el decreto reglamentario N° 9 de 22 de febrero de 1999, es decir, siete meses después de la expedición de la Ley. La resolución denegatoria señala que el interesado no aportó el formulario de solicitud habilitado con timbres por valor de B/. 4.00, el Certificado de Paz y Salvo Municipal, la Declaración Jurada del Representante Legal de la empresa y la Declaración Jurada del Inversionista. Es cierto que al expedirse el decreto reglamentario los interesados debían acogerse al mismo, sin embargo, en el presente caso se da la situación de que la empresa bajo el apremio del vencimiento del término legal formalizó su petición de acogerse a los beneficios de la Ley y a pesar de haber aportado la documentación que exige la misma, la autoridad encargada no le dio curso pretextando la ausencia de su reglamentación. En este contexto, los reparos que se hacen desde la vía reglamentaria no parecen ser lo suficientemente graves para imponerle al interesado la consecuencia fatal de negar el acceso a unos beneficios concedidos por la Ley. El examen de los requisitos que sirven de base a la negativa demuestra que los mismos no revisten de la trascendencia para provocar la consecuencia fatal de negar la solicitud de inscripción en el régimen de estabilidad jurídica de las inversiones. **La administración no puede invocar su propia morosidad reglamentaria para colocar al administrado en una situación de lesividad a sus intereses dado que el administrado cumplió con acogerse en tiempo oportuno a los requisitos de la ley** y luego no le permite tramitar su inscripción invocando reparos de poca entidad y trascendencia y respecto de los cuales podría decirse que aparecían de cierta manera cumplidos en la solicitud que se presentó en enero de 1999". (Lo resaltado es nuestro)

Panamá desde 1990, permite invocar convenios internacionales ratificados por Panamá y aplicarlos de forma directa a un caso concreto.³⁷⁷

La constitución panameña en su artículo 32, consagra el principio del debido proceso de la siguiente manera:

“Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria”.

Esta norma, si bien busca garantizar el derecho a todo particular a ser juzgado conforme a los trámites legales previamente establecidos, no representa, por más que se quiera estirar la interpretación de la misma, una garantía de que se vaya a obtener la tutela judicial efectiva en casos relacionados con control de la legalidad en los cuales por circunstancias particulares cabe una interpretación de las normas apegada a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país.

³⁷⁷ En sentencia de inconstitucionalidad de 10 de septiembre de 2008, se explica en que consiste la doctrina del bloque de constitucionalidad "De manera preliminar, observa la Corte que la demandante plantea la confrontación constitucional de la disposición legal impugnada, no solo frente a los artículos 19 y 20 de la Constitución, sino también frente a 3 disposiciones contenidas en normas de Derecho Internacional, a saber, los artículos 7 de la declaración universal de los derechos humanos adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948 y los artículos 15 y 16 de la Convención sobre Eliminación de la discriminación contra la Mujer ratificada mediante Ley N° 44 de 22 de mayo de 1980. Al respecto, conviene recordar que la Corte mediante sentencia de 23 de mayo de 1991 al resolver demanda de inconstitucionalidad presentada en relación con la Ley 25 de 14 de diciembre de 1990, estableció que los convenios internacionales ratificados por Panamá formalmente solo tiene valor de ley y que carecen de jerarquía constitucional y que como regla general, no forman parte del bloque de la constitucionalidad. (Cfr. HOYOS, ARTURO, "La Interpretación Constitucional", Editorial Temis, Bogotá, 1993, pág. 104-105). Excepcionalmente, ha establecido también la Corte que algunas normas de derecho internacional podrían formar parte del bloque de constitucionalidad "siempre que no contraríen los principios básicos del Estado de Derecho, ni las instituciones que sustentan la independencia nacional y autodeterminación del Estado panameño" (sentencia de 24 de julio de 1990). Ha dicho también, que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos integra un bloque de constitucionalidad conjuntamente con el artículo 32 de la Constitución en cuanto se refiere a la garantía constitucional del debido proceso (sentencias de 8 de noviembre de 1990 y 19 de marzo de 1991), ya que el artículo 32 de la Constitución, que consagra la garantía constitucional del debido proceso legal es sumamente escueto y que el artículo 8 de la Convención extiende la protección procesal a otros aspectos no previstos en el 32". Citado por Hoyos, op. Cit. Pág. 106.

La Constitución española por su parte, como lo señalamos arriba, si contiene una referencia expresa a la tutela judicial efectiva, lo que le otorga a la jurisprudencia la posibilidad de realizar una interpretación de las normas que han quedado algo obsoletas con el paso del tiempo, apegada al texto de la Constitución a fin de evitar la indefensión por excesivos formalismos, buscando colocar a los derechos subjetivos y los intereses legítimos como la base de estas interpretaciones, independientemente de la posibilidad de que se den abusos³⁷⁸. El artículo 24 de la [Constitución Española](#) al respecto señala expresamente lo siguiente:

“1. Todas las personas tienen derecho a **obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.**

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. (Lo resaltado es nuestro).

³⁷⁸ **Ángela Figueruelo Burrieza**, en un artículo titulado: “Crisis Constitucional y Abuso del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva”, publicado en la Revista Jurídica de la Universidad de Castilla y León (Nº7 /octubre de 2005) destaca los riesgos de que se comentan abusos con fundamento en la mencionada garantía fundamental, al analizar la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 —festividad de San Raimundo de Peñafort, patrono de los juristas, que condenó a los Magistrados del Tribunal Constitucional Español al pago de 500 euros (cada uno) “por considerarles responsables civiles de `negligencia profesional grave´ al haber inadmitido un recurso de amparo sin examinarlo y entró a conocer bajo la forma de una condena por responsabilidad civil la mayor o menor corrección jurídica de la declaración de inadmisibilidad de una demanda de amparo por parte del Tribunal Constitucional; y ha concluido que el pronunciamiento del Alto Tribunal incurre en un delito tipificado en el art. 447 del Código Penal, porque los once magistrados condenados han actuado `con una negligencia profesional grave que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable´ por violación de normas absolutamente imperativas, por lo que `nos encontramos ante una conducta absolutamente rechazable desde un punto de vista profesional´ (Fundamento Jurídico Cuarto)”.

Por otra parte, el concepto legal de acto administrativo contenido en la Ley 38 de 2000 que regula el procedimiento administrativo en Panamá que es a la vez un concepto procesal basado en la existencia de una declaración de voluntad que crea, modifica y extingue una relación jurídica y que por lo tanto permite el acceso al contencioso administrativo si dichos actos son definitivos, o de mero trámite o preparatorios, siempre y cuando no sea posible la continuación del procedimiento, permitiéndosele al particular acudir a la vía judicial para solicitar a través de un recurso de plena jurisdicción, la reparación del derecho particular violado, no garantiza la plena satisfacción de las garantías constitucionales que la acción de amparo protege (Por no tratarse específicamente de órdenes de hacer o no hacer que afecten directamente los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción, a pesar de que esta doctrina ha cambiado considerablemente, como veremos más adelante) por lo que la Sala Tercera ha buscado en la doctrina de la Tutela Judicial Efectiva la fórmula para proteger los derechos subjetivos e intereses legítimos que el excesivo formalismo de la legislación y el carácter revisor descuidan.

De modo que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a partir de la primera década de este milenio empezó a adoptar otros criterios para garantizar mayor acceso al contencioso administrativo, tomando en cuenta no sólo la insuficiencia del carácter revisor para la protección de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los ciudadanos, sino también las limitaciones de la estructura constitucional y legal existente, llena de incongruencias.

Pero la pregunta que resulta necesario hacer en este momento es ¿Si la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo puede invocar un principio que no está contemplado expresamente en la constitución panameña para ampliar las competencias de un sistema revisor de actos administrativos?

Consideramos que la respuesta es positiva tomando en cuenta que Panamá ha suscrito una cantidad considerable de convenios internacionales que promueven y protegen el principio de la tutela judicial efectiva.

López Olvera en su obra “La Instancia Administrativa”, citando a **Prado Moncada**, señala al respecto, que una de las tendencias más relevantes del nuevo orden internacional, que surgió al final de la guerra de 1945, está centrada en el tema de los derechos humanos. Las nuevas constituciones “pretendieron frenar los embates del poder público en los dos frentes más amenazados: en materia penal y contencioso administrativa”.³⁷⁹ De modo que los países europeos empezaron a adoptar el derecho a la tutela judicial efectiva en sus constituciones (Italia; 1947, Alemania; 1949), y .luego empezó el reconocimiento por parte de las distintas Convenciones de Derechos Internacionales.

López Olvera explica en la citada obra, de qué manera este principio es incorporado en las diferentes convenciones. Para efectos de nuestro estudio, nos interesa fundamentalmente su incorporación por parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el tratamiento que le ha dado a este principio la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José):

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal **o de cualquier otro carácter**”. (Lo resaltado es nuestro).

³⁷⁹ **Prado Moncada**, Rafael. “Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano”, Difusión y Análisis, año VII, N°92, Lex, México, febrero de 2003, p.21. Citado por **López Olvera**, Miguel Alejandro. “La Instancia Administrativa”, editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, p.195.

Mientras que el artículo 25, como complemento de lo anterior, hace referencia al derecho a:

“...un recurso sencillo, rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, **aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales**”. (Lo resaltado es nuestro).

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en diferentes casos ha aplicado estos artículos destacándose por ejemplo el caso Cantos (párrafo 49), donde se aplicó el mencionado artículo 25: “Este artículo establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. (...) que la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención; (...) **no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, deben brindar a la persona la posibilidad real de interponer recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia**, bajo la modalidad consagrada en el art. 25 de la Convención Americana” (Lo resaltado es nuestro). Y más en relación con los procesos administrativos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo en el caso Velásquez Rodríguez, (párrafo 166), que existe una obligación de los Estados partes, impuesta por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción y que “Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, **en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio**

del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. (Lo resaltado es nuestro).

Esta Convención tiene aplicación directa dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos de los países suscriptores del Pacto. Panamá firmó esta Convención el 22 de noviembre de 1969 y la ratificó el 8 de mayo de 1978, por lo que sus normas y principios pueden ser aplicados directamente al acceso al contencioso administrativo. El problema sería cómo se puede adaptar sin que haya excesiva discrecionalidad y una excesiva apertura.

En este sentido, hay que destacar las últimas tendencias en materia de amparo de garantías constitucionales. **Jerónimo Mejía** en un artículo titulado: “Estatus jurídico de los derechos humanos en el derecho interno panameño luego de las reformas constitucionales” hace un recorrido por la “Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad”, antes y después de las reformas incorporadas al artículo 17 de la constitución política en el año 2004, cuando se le introdujo el siguiente párrafo:

“Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

Señala este autor que a su vez es Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que a partir de la incorporación de este párrafo a la Constitución se reconoce la existencia de derechos fundamentales fuera de la Carta Fundamental con efectos vinculantes para el derecho interno³⁸⁰. En cuanto a las tensiones que

³⁸⁰ **Mejía, Jerónimo**. Artículo publicado en “Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional”. Cuaresma Terán, Sergio J., y Pichardo Rafael Luciano (Directores). Publicación del Instituto de Estudios e Investigación Jurídica, Nicaragua, 2011, p.676 y ss. (edición digital) Señala el autor, que “El segundo párrafo del artículo 17 constitucional, al ser una cláusula abierta, produce importantes efectos normativos, a saber: reconoce la existencia de

puedan generarse por la interacción de los derechos humanos de origen internacional y los derechos fundamentales previstos en la Constitución, relacionadas con la aplicación e interpretación de estos derechos, recomienda que se resuelvan mediante la aplicación de principios como el principio *“pro homine”*, con el objeto de darle preferencia a la norma o interpretación que mejor tutela o que mejor beneficio le conceda al derecho humano de que se trate.

El autor destaca como ejemplo de integración e incorporación de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales de derechos humanos al derecho interno, mediante la aplicación del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución, el contenido de la sentencia de 21 de agosto de 2008 proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al resolver un recurso de amparo de derechos fundamentales.

Dicha sentencia³⁸¹ es importante, debido a que modifica el criterio de la mayoría del Pleno de la Corte Suprema de Justicia sobre la admisibilidad de actos distintos a las órdenes de hacer o no hacer a través de acciones de amparo de garantías constitucionales, sobre la base de la doctrina de la tutela judicial efectiva sustentada en tratados internacionales suscritos por Panamá³⁸². De igual manera es interesante

derechos fundamentales fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes; la dignidad humana y los derechos fundamentales sirven de puntos de conexión con tales derechos fundamentales; le otorga rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá; permite la aplicación de principios de derecho internacional sobre derechos humanos; y se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales o humanos mediante la conformación de un sistema de derechos fundamentales integrado por los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales previstos en la Constitución, entre otros”.

³⁸¹ Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 21 de agosto de 2008, como resultado de la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales presentada por el Licdo. Guillermo Quintero Castañeda en Representación de Roxana Alejandra Cárcamo Ortega, contra la orden de hacer contenida en el Auto N°3333 MP de 21 de febrero de 2005 dictada por el Juzgado Ejecutor del Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos (IFARHU). Ponente: Jerónimo E. Mejía E.

³⁸² “...Este amparo se admitió porque el amparista había destacado en el libelo lo que parecía ser una grave infracción al debido proceso, consistente en la falta de notificación de un auto mediante el cual se libró mandamiento de pago de una obligación. Sin embargo, el análisis de los antecedentes del caso demuestra que el juzgado executor siguió el procedimiento correcto para citar y notificar dicha resolución. Por ello, al no estar acreditado que el juzgado executor sabía que el señor CARCAMO se encontraba en el extranjero, lo que hubiera implicado la variación del procedimiento de citación y notificación, no se produce la alegada infracción del artículo 32 de la Constitución”.

el criterio de la vía preferente de la jurisdicción contencioso administrativa, que fue sustentada en el salvamento de voto de uno de los magistrados³⁸³

Esta sentencia de 2008, que cabe resaltar, denegó la acción de amparo interpuesta, lo que generó fue un gran debate sobre la admisión a trámite de este tipo de acciones contra “actos” distintos a las tradicionales órdenes de hacer o no hacer admitidas por el Pleno, y sobre la adaptación del artículo de la Constitución que

³⁸³ “Lamento manifestar que no comparto la decisión de denegar la acción de amparo de derechos fundamentales presentada por el licenciado Guillermo Quintero Castañeda, mediante poder que le otorgara Alejandra Cárcamo Ortega, en representación de su padre Gilberto Cárcamo Asprilla. Y es que con la simple lectura del encabezado o de la primera foja de la anterior resolución, existen razones para que, lamentablemente en esta etapa procesal, SE DECLARE NO VIABLE la acción de amparo impetrada. Esta acción de amparo de derechos fundamentales se está promoviendo contra el Auto No.3333 MP de 21 de febrero de 2005, proferido por el Juzgado Ejecutor del Instituto para la Formación y Aprovechamiento de los Recursos Humanos (de ahora en adelante (IFARHU), por medio del cual se libró mandamiento de pago contra el amparista y otras personas. Como miembro de la Sala Tercera y con la revisión del presente negocio, se puede constatar que se trata de un proceso de naturaleza administrativa, por lo tanto, recurrible ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, y explicó por qué. En primer lugar, se trata de una jurisdicción coactiva del IFARHU, en el que se libró un mandamiento de pago. No hay una sola constancia en el expediente que el amparista haya agotado los medios ordinarios de impugnación contenidos en la ley, contra el acto que ahora se demanda mediante esta acción de amparo de derechos fundamentales. En segundo lugar, porque en virtud del principio de preferencia de la vía contenciosa sobre la constitucional de amparo, una vez se hubiesen agotado los recursos ordinarios, el afectado tenía que acudir a la Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Suprema, a través del ejercicio de una Acción de Plena Jurisdicción o de Restablecimiento de los Derechos Subjetivos, tal como existe jurisprudencia abundante en la Sala Tercera contra autos que libran mandamiento de pago...Ahora bien, existen otras contradicciones en la parte motiva de la resolución que se nos ha corrido en lectura que atentan contra el contenido de nuestra Constitución Política, que merecen especial atención. Así, a foja 2 de la resolución, se inicia con un título denominado: "De la necesidad de ampliar la protección de los derechos fundamentales frente a actos distintos de las órdenes de hacer o de no hacer". En este punto, se inicia indicando que debe reemplazarse el término contenido en la Constitución Política, por el "concepto de Acto", razón por la cual la acción de amparo no debe entenderse que procede contra una orden de hacer o no hacer, sino "contra cualquier Acto susceptible de lesionar, afectar, alterar, restringir, amenazar o menoscabar un derecho fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en la ley". Ciertamente que la acción de amparo de derechos fundamentales procede para proteger cualquier violación de derechos fundamentales contenidos en la Constitución, Convenios o Tratados Internacionales, pero lo que no podemos hacer es violar, suprimir o reemplazar términos contenidos en la Constitución Política. No podemos estar afirmando con ligereza que la Constitución está desfasada y que, por eso, podemos infringir o prescindir del contenido de nuestro Estatuto Fundamental. Debemos y tenemos que respetar el contenido de nuestra Constitución Política, aun cuando no estemos de acuerdo. Como Magistrados de la Corte Suprema, estamos encargados, constitucionalmente, de velar por el respeto y la guarda e integridad de la Constitución, pero esa atribución no nos faculta para que podamos infringirla. Es nuestra Carta Magna la que establece que la acción de amparo procede contra una orden de hacer o no hacer, ni siquiera es una creación jurisprudencial, y ese hecho no puede desconocerse por una interpretación antojadiza, carente de fundamento legal que, aun cuando existiera, no está por encima de la Constitución Política. Para el resto de las infracciones que puedan cometerse, nuestra legislación ha previsto otros remedios procesales legales, incluso, constitucionales”.

regula el Amparo a los convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Panamá.³⁸⁴

Esta decisión ya ha tenido eco en la posterior jurisprudencia sobre amparo, ampliándose la protección de los derechos humanos con independencia de la naturaleza del acto que se dicte.³⁸⁵

³⁸⁴ La sentencia en su parte motiva explica la “necesidad de ampliar la protección de los derechos fundamentales frente a actos distintos de las órdenes de hacer o de no hacer” y lo hace de la siguiente manera: “Si bien el artículo 54 Constitucional señala que la acción de amparo procede contra una orden de hacer o de no hacer que viole derechos fundamentales establecidos en la Constitución, lo cierto es que existen justificadas razones jurídicas, previstas en nuestro ordenamiento, que autorizan utilizar el concepto de Acto como objeto susceptible de impugnación a través de un amparo de derechos fundamentales. En efecto, la evolución del derecho al amparo implica la necesidad de abrir la puerta para la presentación del amparo de derechos fundamentales contra cualquier Acto susceptible de lesionar, afectar, alterar, restringir, amenazar o menoscabar un derecho fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en la ley. La Constitución establece en el artículo 4 que “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”. Uno de esos instrumentos de Derecho Internacional, que Panamá está obligada a acatar, lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977, la cual en el artículo primero establece expresamente la obligación que tiene Panamá de cumplir lo pactado en el citado Tratado, en los siguientes términos: “Artículo primero. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” (las negrillas y subrayas son nuestras). De lo anterior se aprecia que Panamá está obligada no solo a respetar los derechos y libertades reconocidos en la citada Convención, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Uno de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que Panamá está obligada a respetar y a garantizar su libre y pleno ejercicio, está consagrado en el artículo 25 que establece el amparo de derechos fundamentales, en los siguientes términos: “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” (las negrillas y subrayas son nuestras). Como fácilmente se observa, el precepto anterior se refiere al amparo de derechos fundamentales como un recurso sencillo, rápido y efectivo al que tiene derecho toda persona, para “que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”. (las negrillas y subrayas son nuestras). Nótese que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia al concepto de orden de hacer o de no hacer sino al de acto, que es un concepto mucho más amplio. Ahora bien, al acatar la República de Panamá las normas del Derecho Internacional, salta a la vista la imperiosa necesidad de que se adecúe la interpretación del artículo 54 de la Constitución Nacional (que regula el amparo de derechos fundamentales) con el mandato que emana del artículo 25 de la aludida Convención”.

³⁸⁵ Véase Auto del Pleno de 2 de marzo de 2011, que resuelve un recurso de apelación: En cuanto al argumento del a-quo, consistente en que el acto atacado (Auto de Proceder) es interlocutorio y no se han agotado los medios y trámites que pueden ejercitarse contra el mismo (pues el recurrente no ha hecho uso del incidente de nulidad, que puede ejercitarse en la audiencia ordinaria). Al respecto, debe el Pleno señalar que el Amparo de Derechos Fundamentales es un mecanismo de tutela válido contra cualquier Acto...susceptible de lesionar, afectar, alterar, restringir, amenazar o menoscabar un derecho fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por Panamá, y en la ley. (Cfr. Sentencia de 21 de agosto de 2008) En ese orden de ideas, un Auto de Enjuiciamiento, según las circunstancias de su expedición, podría tener la virtud de afectar Derechos Fundamentales. De allí

B. La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Un esfuerzo por superar el carácter revisor

En la jurisprudencia nacional vemos cómo a través de la invocación del principio de la tutela judicial efectiva se ha buscado la forma de reconocer la existencia de derechos subjetivos. Por ejemplo, permitiéndose la utilización de recursos objetivos como el de nulidad, que persigue el restablecimiento de la legalidad, donde no hay un acto administrativo o un silencio administrativo, sino una situación que vulnera los derechos subjetivos de un particular, que merecen una tutela judicial (En el caso de resoluciones emitidas por la Dirección General de Reforma Agraria por ejemplo) Igualmente en otros casos, en los que a pesar de tratarse de actuaciones o actos de mero trámite o preparatorios que no necesariamente impiden la continuación del procedimiento, pero que afectan derechos subjetivos, se han admitido el recurso de Plena Jurisdicción. También hemos observado la adopción de la teoría de los “actos condición” para admitir demandas de nulidad contra actos administrativos particulares cuya ilegalidad puede afectar a la colectividad. En este apartado vamos a analizar las sentencias más simbólicas procurando encontrar en ellas los elementos diferenciadores que han provocado la admisión de los recursos a pesar de la doctrina jurisprudencial generalizada y del texto literal de las normas que contienen el carácter revisor de los actos. También vamos a analizar si esta doctrina es suficiente o no frente a los casos de inactividad de la Administración, de omisiones, o cuando se requiere una declaración directa de la Administración que reconozca que ha habido vulneración de los derechos subjetivos o intereses legítimos de un particular o un grupo de personas.

En primer lugar vamos a estudiar lo que representa la tutela judicial efectiva para la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

que el Pleno no comparta la afirmación, conforme a la cual no procede el Amparo contra un Auto de Llamamiento a Juicio, ya que la respuesta jurídica en torno a la procedencia o no de la Acción de Amparo contra este tipo de resoluciones dependerá, en cada caso, de que exista o no la apariencia de que se han desconocido Derechos Fundamentales contenidos en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por Panamá, que ameriten que su contenido sea revisado en sede de Amparo. Véase también en este sentido, Auto del Pleno de la Corte de 16 de diciembre de 2011, y Auto de 29 de abril de 2010.

Los primeros autos y sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de lo Contencioso Administrativo, que invocaron este principio en Panamá, de acuerdo con el análisis jurisprudencial realizado, datan del año 2003.³⁸⁶ En auto de 23 de enero de 2003 se admitió una demanda de plena jurisdicción interpuesta contra una Resolución de la Dirección de Reforma Agraria que desconocía derechos posesorios otorgados mediante una resolución anterior. La Sala en Pleno, conoció en grado de apelación sobre la inadmisión del recurso señalando que si bien se habían citado como violadas dos resoluciones, solamente se había aportado copia autenticada de una sola, la cual realmente era la que contenía el acto que violentaba los derechos del demandante, por lo que se admitió la demandas y se empezaron a sentar las bases de la doctrina de la tutela judicial efectiva que actualmente busca atenuar el carácter revisor de los actos administrativos que la Constitución de 1946 y demás normas que la desarrollan, le otorgaron al contencioso-administrativo.

Es necesario destacar, que la Constitución de 1972, si bien suprimió la palabra “revisar” de la función del contencioso administrativo respecto a los actos administrativos, tampoco se preocupó de cambiar expresamente este carácter en el contenido del artículo que regula ésta materia, perdiendo la oportunidad de sentar

³⁸⁶ No obstante, en sentencias de inconstitucionalidad del Pleno de la Corte Suprema de la Corte Suprema de Justicia, es un principio, que por la naturaleza de las causas se invoca con regularidad. Es destacable la cita que hace el Pleno sobre este principio en sentencia de 13 de diciembre de 2000, donde expresa su aplicación en referencia al artículo 203 numeral 2 de la Constitución (Actual artículo 206 numeral 2), que establece la “jurisdicción contencioso-administrativa” como mecanismo de control de la Administración Pública: “En cuanto al principio de la tutela judicial efectiva, la Corte ha aceptado la definición del autor **Joaquín Silguero**, contenida en su obra “La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a Través de la Legitimación de los Grupos”, plasmada en la sentencia de 21 de diciembre de 1998, y que es del siguiente tenor: ‘Desde la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (la que, con arreglo a la doctrina de este Pleno forma parte de la garantía constitucional del debido proceso), la doctrina española le ha dedicado una importancia decisiva, como derecho fundamental. ‘El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una función de defensa, con base en la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado carácter procesal, ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso’ manifiesta Joaquín Silguero Estagnan”. (SILGUERO, Joaquín, “La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a través de la Legitimación de los Grupos”, Editorial Dykinson, Madrid, págs. 85-86) De esta definición se desprende, a juicio de la Corte, que este derecho a la tutela judicial efectiva se materializa en el cumplimiento del numeral segundo del artículo 203 de la Constitución Nacional, toda vez que la facultad legal que esta le otorga a la Corte Suprema de Justicia, es precisamente, la de proteger los intereses legítimos de los ciudadanos cuando están involucrados en un proceso -o procedimiento- desarrollado por el Estado, cuando quienes se consideran perjudicados acuden a la vía jurisdiccional para obtener dicha protección, de las actuaciones de las entidades públicas”.

las premisas para que el criterio fuese ampliado sobre la base de otros parámetros, como la tutela de los intereses subjetivos, como ya fue analizado con anterioridad.

El auto de 23 de enero de 2003 arriba citado, señaló expresamente lo siguiente:

“...En este orden de ideas y en vista de que lo que el apelante persigue es que no se le niegue el acceso al proceso a su mandante por un error en la formalidad por parte de su apoderado judicial, a este Tribunal le parece relevante citar lo expresado por el jurista Francisco Chamorro Bernal, en su obra "La Tutela Judicial Efectiva" en relación a la situación planteada:

‘Una vez reconocido el acceso a la Jurisdicción, la siguiente garantía comprendida en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el Órgano Jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de la tutela en general, es un derecho de configuración legal.

*Cuando las exigencias formales obstaculizan de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho fundamental, o si en el caso concreto esos requisitos han perdido su finalidad o su incumplimiento puede convertirse en una falta subsanable, es cuando la inadmisión puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego’. (CHAMORRO BERNAL, Francisco, **La Tutela Judicial Efectiva**, Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 49)³⁸⁷*

Esta cita se repetirá a partir de entonces en múltiples autos y sentencias hasta consolidarse como una doctrina jurisprudencial cuyas particularidades es necesario

³⁸⁷ Auto de 23 de enero de 2003, ponente: Magistrado Adán Arnulfo Arjona. Registro Judicial.

analizar para identificar los elementos comunes que garantizan el acceso al contencioso, más sobre la base de intereses legítimos que de formalidades y la necesaria existencia de un acto administrativo debidamente delineado en las normas que se han desarrollado tomando en cuenta ese carácter revisor.

Es necesario resaltar que a pesar del reconocimiento del principio de la tutela judicial efectiva en las convenciones internacionales ratificadas por Panamá, no se observa, en los autos y sentencias dictadas por la Sala Tercera, que se invoquen las mismas para sustentar las actuaciones tendientes a ampliar el contencioso administrativo a situaciones que vulneren derechos subjetivos e intereses legítimos. La doctrina jurisprudencial panameña, a pesar de que de acuerdo a lo planteado sobre la aplicación directa de convenios internacionales, la mayoría de ellos ratificados por Panamá, ha preferido basar sus decisiones sobre esta materia, en doctrina extranjera.

1. Tutela judicial efectiva y flexibilización de requisitos para el acceso al contencioso administrativo a través del recurso de plena jurisdicción

La Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, establece los requisitos para acudir al contencioso administrativo. Una de las principales críticas que ha enfrentado esta “Jurisdicción”, es el excesivo formalismo que se aplica al momento de la admisión de las demandas, lo cual no se ajusta a las modernas tendencias que buscan acercar las normas y los procedimientos al mandato contenido en el artículo 201 del texto constitucional que señala que la justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida.³⁸⁸

El artículo 42 de la mencionada ley recoge el carácter revisor del contencioso administrativo panameño³⁸⁹, se señala expresamente que para acudir al tribunal se

³⁸⁸ “Artículo 201. La administración de justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida. La gestión y actuación de todo proceso se surtirá en papel simple y no estarán sujetas a impuesto alguno. Las vacaciones de los Magistrados, Jueces y empleados judiciales no interrumpirán el funcionamiento continuo de los respectivos tribunales”.

³⁸⁹ Lo cual es una herencia del artículo 252 de la Constitución de 1946 que establecía lo siguiente: “Establécese un Tribunal de lo Contencioso-administrativo en la Capital de la República, cuya jurisdicción comprenderá todo el país. Este Tribunal funcionará con independencia de los órganos ejecutivo y judicial. La jurisdicción Contencioso-administrativa tiene por objeto **revisar** los actos,

requiere que los “actos o resoluciones” no sean susceptibles de recursos en la vía administrativa ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencia de mero trámite, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.

Una vez que se ha determinado que se trata de “actos o resoluciones” recurribles, la Ley 135 de 1943 establece toda una serie de formalidades que adicional a su carácter revisor, en nada ayudan a aumentar las garantías de salvaguarda de los intereses legítimos de los particulares.

De esta manera, es posible identificar en nuestro sistema requisitos normativos y requisitos jurisprudenciales. La doctrina de la tutela judicial efectiva ha tratado de hacer un balance entre la exigencia de la norma y la jurisprudencia formalista instaurada por muchos años. Vamos a analizar los requisitos en la norma y en la jurisprudencia, e igualmente veremos como a través de la introducción de la doctrina de la tutela judicial efectiva, la rigurosidad se ha ido flexibilizando.

La Ley 135 de 1943 en su artículo 42-B señala que “la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del **acto...**”.

El artículo 43 por su parte, expresa que toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contendrá: 1. La designación de las partes y de sus representantes; 2. Lo que se demanda; 3. Los hechos u omisiones fundamentales de la acción; 4. La expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación. Este último requisito contiene realmente dos requisitos:

resoluciones, órdenes, o disposiciones de todos los funcionarios nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, en ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerla. Podrán demandar la revisión las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra derecho. El Tribunal ejercerá su competencia, en los actos previstos en este artículo, ya anulando los actos acusados de ilegalidad; ya restableciendo el derecho particular violado o estatuyendo disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, ya pronunciándose prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal”.

señalar las disposiciones que se estiman como violadas y el concepto de la violación, que consiste en explicar de qué forma fueron vulneradas.

Con relación a las disposiciones violadas, la jurisprudencia por mucho tiempo fue recurrente en señalar que era necesario transcribir literalmente dichas normas:

"La Sala ha expresado, que para cumplir con el requisito anterior, deben transcribirse las disposiciones legales que se estiman violadas, para que de la confrontación del acto administrativo impugnado, con la norma que se considera violada, se pueda apreciar la violación aducida". (Auto de 10 de mayo de 2007; Auto de 5 de agosto de 2002; Auto de 5 de septiembre de 2000).

Sin embargo, a través de la doctrina de la tutela judicial efectiva, este requisito se ha flexibilizado considerablemente, como veremos más adelante.

Sobre el tema del concepto de la violación o de la infracción, en reiterados autos se ha indicado lo siguiente:

"...este es un requisito indispensable que debe cumplir toda demanda contencioso administrativa, a fin de que esta Superioridad pueda analizar el fondo de las causales o motivos de ilegalidad que deben ser debidamente invocados por el actor, al igual que ampliamente explicadas las infracciones de los preceptos en cualquiera de sus modalidades, **violación directa por omisión o comisión, interpretación errónea o indebida aplicación de la Ley**. De esta manera, si la parte actora no expresa cuales son las disposiciones que se consideran infringidas, la Sala no se puede pronunciar sobre la ilegalidad planteada.". (Lo resaltado es nuestro) **(Auto de 4 de marzo de 1998; Auto de 22 de marzo de 2010)**.

La Sala también ha dejado claro, "...que, una cosa es la Tutela Judicial Efectiva y otra cosa es el deber que tiene todo el que ocurra ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en auxilio de sus Derechos subjetivos o en defensa de los intereses de la colectividad, esto es, de cumplir con los requisitos básicos mínimos que por Ley se han establecido, por ello no se debe interpretar que la tutela judicial efectiva, sea un acceso desmedido a la justicia, puesto que, no ha sido esto lo que ha sostenido esta Corporación de Justicia a través de su jurisprudencia". **(Auto de 29 de septiembre de 2011)**

En este sentido resulta importante delimitar los casos en que la Sala ha considerado flexibilizar el mandato contenido en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943 que reza lo siguiente: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades y su presentación no interrumpe los términos de prescripción de la acción".

A través de auto de 14 de agosto de 2008, se observa, luego de la apelación presentada por el Procurador de la Administración mediante vista fiscal numerada 361 de 31 de mayo de 2008, su oposición al auto de admisión, sosteniendo que no se cumplió con los requisitos previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 43 de la Ley 135 de 1943, por cuanto que la parte actora no expresó en el libelo de la demanda la calidad en que interviene el Procurador de la Administración, **y al no transcribir las normas que considera infringidas con su respectivo concepto de violación.** La Sala, con relación a lo alegado por el apelante sobre el incumplimiento del numeral 4 del artículo 43 de la mencionada Ley 135, aprecia que si bien el demandante no transcribe las normas que considera infringidas, en el apartado de la demanda denominado disposiciones legales infringidas y el concepto de infracción, cita varias normas y explica cómo considera que se han infringido las mismas, con lo cual a nuestro criterio mal puede considerarse que se incumple

totalmente con lo previsto en dicha norma, por lo tanto confirma el auto que originalmente admitió la demanda.³⁹⁰

En auto de 12 de marzo de 2010 se mantiene este criterio jurisprudencial al señalarse que:

“En lo concerniente a la falta de transcripción de las normas estimadas como violadas, es menester aclarar que acorde a un acceso a la tutela judicial efectiva y buscando la optimización del ejercicio de los derechos fundamentales así como aplicando una hermenéutica legalista enmarcada en los principios constitucionales, este requisito se ha ido flexibilizando, al punto de que solo con citar la norma, basta.

Requerir la expresión de la norma, no inequívocamente implica la transcripción de esta, pese que como técnica forense es recomendable, efectuar tal operación. **Si bien es cierto que anteriormente esto constituía un requisito jurisprudencial (no legal), ya el criterio pretoriano ha ido variando a fin de darle la oportunidad real al administrado de poder luchar por sus derechos, utilizando recursos más sencillos y expeditos para que pueda acceder al Tribunal de lo Contencioso, que se**

³⁹⁰ La Sala para sustentar su decisión cita a Francisco Chamorro Bernal, y su obra "La Tutela Judicial Efectiva", la cual es utilizada como base de una gran cantidad de decisiones jurisprudenciales relacionadas con este tema: "Una vez reconocido el acceso a la Jurisdicción, la siguiente garantía comprendida es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el Órgano Jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de la tutela en general, es un derecho de configuración legal. Cuando las exigencias formales obstaculizan de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho fundamental, o si en el caso concreto esos requisitos han perdido su finalidad o su incumplimiento puede convertirse en una falta subsanable, es cuando la inadmisión puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego." (CHAMORRO BERNAL, Francisco, La Tutela Judicial Efectiva, Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 49) Por lo anterior, este Tribunal considera que se debe mantener la decisión del Sustanciador. En consecuencia, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Panamá y por autoridad de la Ley, disponen CONFIRMAR el Auto de 10 de marzo de 2006, mediante el cual SE ADMITE la demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el licenciado César Félix Castrejón Lara, en representación de BIENVENIDO MARTÍNEZ GONZÁLEZ (N.U) o BIENVENIDO MARTÍNEZ GONZÁLEZ (N.L.), para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°4-2079 del 25 de noviembre de 2004, emitida por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario del Ministerio de Desarrollo Agropecuario".

tramite su causa bajo la luz del debido proceso y por último, alcanzar una eficaz tutela judicial de sus derechos subjetivos que han sido vulnerados en la vía gubernativa. Es pertinente resaltar que en muchos casos en donde los demandantes en acciones de plena jurisdicción, han transcrito solo parte de la norma o han hecho únicamente mención del artículo violado, la Procuraduría no ha apelado. Hay que destacar que para este requisito de transcripción literal de la norma sea de carácter legal, debe estar impuesto de forma concreta en la norma, toda vez que este requisito lo es así, para por ejemplo en las acciones de inconstitucionalidad, y no para las demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción". (Lo resaltado es nuestro).

Sobre el concepto de la violación, en Auto de 6 de julio de 2011, la Procuraduría de la Administración manifestó en su recurso de apelación su inconformidad con el hecho de que la demanda "...no cumple con el presupuesto de expresar el concepto de la infracción de los preceptos legales citados como violados; requisito establecido en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, y que constituye una exigencia formal de admisibilidad de toda demanda contencioso administrativa...". Señaló el apelante que, a pesar que el demandante citó el contenido de una serie de disposiciones legales que estima infringidas, no expone de forma clara, suficiente, ni organizada, el concepto de la infracción de cada una de las normas y tampoco hace referencia a las modalidades en que se ha producido la infracción. La Sala sostuvo que la infracción no constituye una mera exposición de hechos o argumentaciones de carácter subjetivo, sino un juicio lógico jurídico en el que debe confrontarse el acto impugnado con las supuestas normas vulneradas. **(Auto de 26 de diciembre de 2007).**

No obstante los argumentos del apelante, la Sala manifestó, como lo había hecho anteriormente que:

"...acorde a un acceso a la tutela judicial efectiva y buscando la optimización del ejercicio de los derechos fundamentales así como aplicando una hermenéutica legalista enmarcada en los

principios constitucionales, este requisito se ha ido flexibilizando, al punto de que solo con citar la norma, basta... Tenemos que el requisito jurisprudencial, no legal, de transcribir la norma, se ha ido flexibilizando con la intención de darle oportunidad al administrado de hacer valer sus derechos, utilizando recursos más sencillos y expeditos para que pueda acceder a la justicia Contencioso-Administrativa. **Siendo ello así, ese criterio puede ser extendido al presente negocio jurídico, en el que el apelante alega que la parte demandante no expuso en forma clara, suficiente, ni organizada, el concepto en el que han sido infringidas las normas que se estiman violadas.**

De la lectura del libelo de demanda, se desprende que la parte actora, citó las normas infringidas y con posterioridad procedió a efectuar un análisis de las razones por las cuales considera que la decisión impugnada debe ser declarada nula, por ilegal (ver fojas 28 a 38 del expediente). Estima esta Superioridad que las razones invocadas por el apelante, no son causal suficiente para desestimar la acción promovida por la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, NIEGAN el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría de la Administración y por tanto, CONFIRMAN la providencia de 11 de marzo de 2010, que admite la demanda, proferida por el Magistrado Sustanciador". (Lo resaltado es nuestro).

2. Actos definitivos, actos de mero trámite y tutela judicial efectiva

Dentro del carácter revisor de la justicia contencioso administrativa panameña, se exige que los actos administrativos contra los cuales se interponen recursos de plena jurisdicción sean definitivos, o actos preparatorios o de mero trámite que impidan la continuación del procedimiento equiparándose sus efectos a los del acto

definitivo o que causa estado. Si bien en las normas que regulan el procedimiento administrativo y el acceso al contencioso-administrativo (véase artículos 163 de la Ley 38 de 2000 y artículo 42 de la Ley 135 de 1943) no señalan expresamente la posibilidad de demandar los actos preparatorios o de mero trámite que no impidan la continuación del procedimiento a través del acto definitivo, la doctrina jurisprudencial si ha reconocido esta posibilidad, tomando en cuenta doctrina extranjera.³⁹¹

³⁹¹ En sentencia de enero de 2000, producto de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 23 de la Ley 56 de 1995, el demandante señaló entre sus argumentos, citando a **García de Enterría y T.R. Fernández**, que los actos de mero trámite no son impugnables separadamente, sino que hay que esperar a que se dicte la resolución final del procedimiento para entonces impugnar, junto con dicha resolución final, todas las irregularidades que se consideran cometidas en dicho procedimiento. En la sentencia se reconocieron los argumentos del demandante en relación a que una declaratoria de precalificación no podía equipararse a otros actos preparatorios sobre los cuales se habían inadmitido demandas, cuyos autos fueron citados por la Procuraduría de la Administración en su calidad de abogada del Estado. La Sala señaló al respecto lo siguiente: "En el mismo orden de cosas, hay que señalar que, si bien es cierto que el Jefe del Ministerio Público manifestó que el acto de preselección de candidatos es un simple acto de preparación, lo cual trató de sustentar en los fallos por el invocados, lo cierto es que dichas sentencias no sustentan su criterio. La sentencia esgrimida por el Funcionario Opinador, de 15 de abril de 1999, solo reconoce que la tutela judicial forma parte del principio del debido proceso, pero el señalamiento de que este Pleno ha dicho que no todos los actos o resoluciones son recurribles -en virtud de la tutela judicial- no está contenido en ese fallo. Le asiste la razón al Opinador en el sentido de que no es aplicable la tutela judicial a todo acto -jurisdiccional o administrativo-, sino a aquellos que por sus efectos, lo ameritan...Para fundamentar el criterio de que el párrafo mencionado tampoco viola el numeral 2 del artículo 203 Constitucional, el Jefe del Ministerio Público aludió al artículo 42 de la Ley 135 de 1943 -modificada por la Ley 33 de 1946-, que solo reconoce la impugnabilidad, ante la Sala Tercera, de los actos o resoluciones definitivas, o providencias de trámite, si deciden de manera directa o indirecta, el fondo del asunto, poniendo término o haciendo imposible su continuación..."

De la misma manera, citó cuatro autos dictados por la Sala Tercera: de 16 de junio de 1998, 12 de junio de 1992, 22 de diciembre de 1995 y 9 de diciembre de 1998. En el primero, dicha Sala consideró como un acto preparatorio, la autorización que se dio al Director de la Autoridad Portuaria Nacional, para suscribir un posible contrato de concesión con la empresa Colon Port Terminal, para la administración de unos muelles en el Puerto de Coco Solo Norte, para formalizarse en un plazo de 30 días. Considera la Corte que ese caso sí constituyó un acto preparatorio, porque la autorización dada por el Órgano Ejecutivo al Director de la entonces Autoridad Portuaria Nacional, era un acto no susceptible de impugnación, ya que el mismo "no creaba estado", es decir, no afectaba derechos de particulares, sino que adelantaba el procedimiento de contratación pública. En ese caso, al celebrarse el contrato, el afectado tendría la alternativa de interponer una demanda contencioso administrativa, si consideraba que se incumplieron los requisitos para su validez, tal como lo afirma la sentencia en comentario.

La segunda resolución invocada por el señor Procurador, se refiere a un acto de convocatoria a contratación pública; también aclaró dicho auto, que el Código Fiscal establece que ni aun la adjudicación provisional de las licitaciones públicas constituye un acto definitivo, y por lo tanto, no es susceptible de impugnación según el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificada. Ese acto de convocatoria a licitación pública, también es un acto preparatorio, pues ello no afecta el derecho de ningún particular, y solo constituiría un acto preparatorio para dicha contratación.

El tercer auto proferido por la Sala de lo Contencioso- Administrativo, se refirió al memorándum de entendimiento suscrito entre el Gobierno Nacional y la empresa Bechtel Enterprises, Inc. En ese fallo, declaró atinadamente la Sala Tercera que dicho acto era un "precontrato", que equivaldría a un acuerdo o compromiso entre las partes involucradas para la futura negociación de un contrato; la intención es asegurar la celebración futura del contrato para el cual se comprometen anticipadamente. En ese caso, tampoco puede haber derechos particulares afectados, porque lo impugnable solo es el contrato mismo, por las condiciones contenidas en el, sus efectos, etc.; pero no

La jurisprudencia panameña ha sostenido y sigue sosteniendo un gran debate sobre este tema. Con fundamento en el principio de la tutela judicial efectiva y otras interpretaciones apegadas a la defensa de los derechos subjetivos, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con el ánimo de evitar la indefensión de los particulares a través de la exclusión objetiva del conocimiento de recursos contra actos preparatorios o de mero trámite, cuando hay de por medio intereses legítimos, ha ido flexibilizando su doctrina, sin embargo vemos casos interesantes, por ejemplo en materia de contratación administrativa donde para efectos del procedimiento administrativo hay actos que no son considerados de mero trámite, por lo tanto son susceptibles de recursos en la vía administrativa, mientras que al ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa son inadmitidos por ser considerados actos preparatorios indistintamente haya violación o no de derechos subjetivos.

La doctrina de la tutela judicial efectiva, trata de solventar esta situación, y más que tomar en cuenta si se “trata de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación”, busca determinar cuándo hay una afectación de derechos subjetivos e intereses legítimos con la actuación de la Administración, alejándose de la mera observación mecánica que clasifica el acto como preparatorio o de mero trámite, no obstante siempre habrá que analizar el factor discrecionalidad de la Sala, para verificar si los criterios de admisión e inadmisión son uniformes y se mantienen en el tiempo como doctrina jurisprudencial.

a. En materia de contratación administrativa

La posición de la jurisprudencia panameña en materia de contratación pública siempre ha sido la de no admitir recursos de plena jurisdicción contra actos

el compromiso para la futura celebración del contrato, pues ello no acarrea ninguna afectación a la parte contratante; en caso de que se pudiera ver perjudicado por el acuerdo compromisorio, entonces la parte contratante tiene la libertad de no suscribir dicho acuerdo.

La última decisión contemplada en la Vista Fiscal, se refiere a una autorización otorgada por el Consejo de Gabinete para que la Comisión correspondiente negociara un contrato. Este caso es similar a los anteriores, razón por la cual este Pleno concuerda con el criterio del demandante constitucional, en el sentido de que los actos o resoluciones atacadas en esos casos, se constituirían en actos preparatorios o de mero trámite, que no merecerían ser impugnados.

preparatorios. La Sala recomienda a los demandantes la demanda del acto final, ya se trate de la resolución de adjudicación, o el propio contrato. Una gran cantidad de Autos dictados desde la década de los noventa dan cuenta de ello.

En 1991, por ejemplo, la Sala dictó un Acto inadmisorio contra una demanda de plena jurisdicción interpuesta por una firma de abogados en representación de Adventure International Corp., para que se declare nula por ilegal la Resolución N°8 de 9 de octubre de 1991, emitida por la Junta de Control de Juegos que declaró desierta la Licitación N°3-91, convocada para el “Suministro, Instalación, Mantenimiento y Arrendamiento de Máquinas Tragamonedas y Video para los Casinos Nacionales”. Luego de admitida la demanda, se presentó por parte del demandante un escrito mediante el cual solicita que la Sala suspenda provisionalmente los efectos del llamado a Licitación Pública N°1-94, convocada para el mismo fin ya mencionado, por lo que dicha Sala decide acumular los procesos.

El recurrente argumentó en su favor, que “la convocatoria a una nueva licitación se produce como consecuencia y efecto directo del pronunciamiento administrativo impugnado mediante la acción que declaró desierta la Licitación Pública N°3-91, y que por lo tanto, si la declaratoria de desierto era ilegal, lo tenía que ser también la convocatoria a una nueva licitación.

La Sala al entrar a conocer los argumentos vertidos por el peticionario de la medida cautelar solicitada, consideró que el acto cuya suspensión provisional se había requerido (la convocatoria a una licitación pública) es un acto de trámite, preparatorio para la celebración de un contrato con la Nación, lo cual “evidentemente no constituye un acto administrativo definitivo”, por lo tanto lo procedente es no acceder a la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la Convocatoria de la Licitación N°1-94. Cabe resaltar que esta decisión de la mayoría de la Sala tuvo un salvamento de voto invitando a cambiar el criterio de la Sala en materia de suspensión de actos preparatorios emitidos dentro de procedimientos licitatorios.³⁹²

³⁹² Muy respetuosamente manifiesto que disiento de la decisión que ha tomado la mayoría de los Honorables Magistrados que integran la Sala en este caso. Me parece correcto el criterio expresado

Decisiones similares pueden observarse en diferentes Autos, donde la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su posición sobre la irrecurribilidad de los actos de mero trámite o preparatorios, muchas veces sin analizar o no si se trata de un acto de mero trámite que pueda imposibilitar la continuación del procedimiento (actos de mero trámite cualificados), los cuales de acuerdo con la Ley³⁹³ y a la doctrina, si pueden ser recurridos de manera directa.³⁹⁴

No obstante, la Sala Tercera ha modificado su posición doctrinal respecto a la posibilidad de demandar de manera individual ciertos actos preparatorios o de mero trámite, fundamentándose en la doctrina de la tutela judicial efectiva. Vamos a estudiar cual ha sido el comportamiento de la jurisprudencia sobre este tema en materia de contratación pública.

por la mayoría en cuanto a que, como regla general, no deben suspenderse actos administrativos que no sean definitivos. Sin embargo, creo que deberíamos revisar ese criterio para adecuarlo a los problemas específicos que surgen en materia de licitaciones públicas o concursos de precios, ya que en estos casos, si no se accede a la petición de suspensión, la parte demandante, en el presente proceso Adventure International Corp., puede sufrir perjuicios que sean de muy difícil reparación porque el contrato se adjudicará a un tercero, posiblemente antes de que termine el proceso contencioso administrativo, y así los resultados de éste pueden ser nugatorios. Por las razones expuestas, salvo mi voto. (Salvamento de voto del Magistrado Arturo Hoyos)

³⁹³ En los artículo 42 de la Ley 135 de 1943 y 163 de la Ley 38 de 2000, se reconoce expresamente la posibilidad de demandar de forma directa los actos administrativos de mero trámite cualificados.

³⁹⁴ Véase Auto de 5 de octubre de 1998, Auto de 27 de julio de 2006, Auto de 19 de noviembre de 2009. En este último se menciona un conjunto de Autos en donde se ha reiterado esta jurisprudencia cuya parte medular transcribimos por el desarrollo ulterior que ha tenido la misma: “Ello es así, toda vez que la parte actora dirige su acción contra un acto emitido por el Consejo de Gabinete a través del cual dicho organismo emite concepto favorable a la cesión parcial de un contrato administrativo celebrado entre el Estado y una empresa particular, por lo que es indiscutible que no estamos frenando a un acto administrativo definitivo impugnado por esta vía, al tenor de lo preceptuado en el citado artículo 42 de la Ley 135 de 1943, y por el contrario el mismo constituye un acto de carácter previo o preparatorio encaminado a la adopción de un acto o decisión final. En este punto, es preciso señalar que en la situación bajo examen, el acto impugnado constituye un requisito previo de obligatorio cumplimiento que se encuentra establecido en la normativa que regula la contratación pública y en consecuencia, el acto definitivo cuya nulidad podría ser de consideración de la Sala Tercera, lo constituye el acto a través del cual se formaliza la cesión parcial del Contrato de Concesión Administrativa N° 98 de 29 de diciembre de 1994, suscrito entre el Estado, por conducto del Ministerio de Obras Públicas y la empresa PYCSA Panamá. Esta Corporación de Justicia se ha pronunciado en repetidas oportunidades sobre la necesidad de accionar contra los actos definitivos pues, de impugnarse los actos preparatorios o previos, el acto definitivo mantiene su existencia jurídica, manteniéndose así la posible violación del ordenamiento jurídico que es lo que pretende evitar en definitiva el accionante.

1) Sobre la declaratoria de desierto en los actos públicos de selección de contratistas

En cuanto al acto administrativo que resuelve declarar desierto un acto público de selección de contratista, en la década de los noventa el criterio se inclinó por no admitir demandas en contra de esta decisión de las instituciones públicas, reconociendo la discrecionalidad de las mismas y el hecho que con esta decisión no se causaba estado, ya que existía la oportunidad de convocar nuevamente un acto público.

La decisión de no admitir la demanda contenida en el Auto de 18 de agosto de 1999 sustenta claramente lo que arriba sostenemos:

“Al examinar las demanda para comprobar si cumple con los requisitos formales para ser admitida, la Magistrada Sustanciadora observa que el acto contra el cual se interpuso la presente acción es de carácter preparatorio o de mero trámite, por lo cual no es acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa, este hecho se comprueba mediante la lectura de la parte resolutive del acto impugnado en la que no solo se declara desierta la Licitación Pública Internacional N°001-98, II convocatoria, para el suministro e instalación de equipos para su programa de Reposición y Equipamiento del Órgano Judicial a nivel nacional, sino que además, se convoca a la celebración de un nuevo acto público.

Los razonamientos anotados ponen en evidencia el hecho de que las decisiones impugnadas (declaratoria de deserción y convocatoria a un nuevo acto público), para la Sala, no causan estado, ni crean, modifican o extinguen derechos subjetivos. Por el contrario, se trata de una decisión que convoca a la celebración de una nueva licitación pública, en la que pueden intervenir los mismos participantes y cuya eventual adjudicación definitiva si puede ser impugnada ante la Sala Tercera.

Como se puede observar, el citado auto no diferencia entre las distintas causales para proceder a la declaratoria de desierto, sino que generaliza, indicando expresamente que no causa estado, ni crea, modifica o extingue derechos subjetivos. En otras palabras, ante la desviación de poder o la arbitrariedad de la Administración al declarar desierto un acto sin la debida motivación, por muchos años fue posible interponer recursos en la vía administrativa, pero de acuerdo con el auto citado, no eran procedente el recurso ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Esta posición jurisprudencial se ha ido modificando hasta la admisión de recursos de plena jurisdicción en contra de actos de declaratoria de desierto. A partir del año 2000 (Sentencia de 9 de noviembre de 2000)³⁹⁵ se observa como la Sala admite una demanda de plena jurisdicción y entra en el fondo de la controversia considerando que no le asiste la razón a la demandante, y que la institución había actuado de acuerdo con la ley y al pliego de cargos al declarar desierto el renglón de la licitación. En la sentencia de 13 de julio de 2005,³⁹⁶ también se puede observar que la Sala entra en el fondo del asunto luego de admitir una demanda en contra de la resolución que declaró desierto un acto público. La Sala en esta ocasión señaló expresamente que:

“El Ministerio de Desarrollo Agropecuario, al constatar esas inconsistencias es que decide mediante el acto demandado, declarar desierto el concurso público para la contratación de una

³⁹⁵ “No coincide, pues, la Sala con la tesis expuesta por la Lcda. Cortés para desvirtuar el criterio de selección que utilizó el Ministerio de Educación para declarar desierto el acto público, mismo que se desprende de la facultad que le confiere el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, pues, de ningún modo la deficiencia señalada en el acto que se demanda, es un asunto `susceptible de ser mejorado de acuerdo con los requerimientos´ al tratarse de una muestra. Ello, a juicio de la Sala, no requiere mayores consideraciones, pues, para eso se expide el pliego de cargos, donde claramente se enuncian las especificaciones que según la misma Ley 56 de 1995, su elaboración no debe ser `incompleta, ambigua o confusa´. Quienes participan en un acto de contratación de pública, deben, pues, ajustar sus ofertas a las especificaciones requeridas, y la entidad contratante luego de la debida ponderación de las mismas según el pliego de cargos, procederá a la selección de conformidad a la Ley. Por lo expuesto, no proceden las violaciones alegadas, razón por la que lo procedente es no acceder a las pretensiones que se formulan en la demanda.

³⁹⁶ Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la Firma de Asesores Jurídicos Asociados, en representación de Consultant And Technological Services, Inc., a fin de que la Sala declare que es nula por ilegal, la Resolución n°ALP-033-ADM-02 de 28 de junio de 2002, emitida por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

firma consultora para la realización del mencionado estudio en el Proyecto de Riego de Barú, de conformidad a lo que está previsto en el numeral 4 del artículo 46 de la Ley 56 de 1995, que igualmente lo faculta para convocar a una nueva convocatoria. Tampoco se aprecia que con ello se contraría el Principio de Economía previsto en el artículo 17 de la Ley 56 de 1995, que también fue alegado como infringido. Por las indicadas razones no prosperan las violaciones alegadas, razón por la que lo procedente es no acceder a las pretensiones de la demanda”.

A pesar de haber entrado en el fondo de la controversia, en otro de sus párrafos la parte resolutive de la sentencia señaló lo siguiente:

Puede verse que el Ministerio de Desarrollo Agropecuario en atención a lo que está previsto en los artículos 26 y 28 del Decreto Ejecutivo N°1 de 18 de enero de 1984, surtió el procedimiento referente a las bases para la selección del consultor y evaluación de propuestas respectivamente, con la ejecución de los actos preparatorios como lo es el contenido en el Oficio N°DM-1135 de 20 de mayo de 2002, cuya copia autenticada reposa a foja 9 del expediente, y en el que se le comunica al Representante Legal de CONSULTANT TECHNOLOGICAL SERVICES, que en el informe remitido por la Comisión Evaluadora había obtenido la calificación más alta. Pero no debe perderse de vista que el mismo documento le informa sobre "la apertura de la propuesta de costos" y sobre la negociación correspondiente, y ello como bien indica el Ministro de Desarrollo Agropecuario en su informe explicativo de conducta, en ningún momento denota la adjudicación del concurso de marras. Sobre los actos preparatorios o de mero trámite la Sala ha sostenido en reiteradas ocasiones que estos actos forman parte de un procedimiento administrativo

encaminado a una decisión final (Ver autos de 19 de julio de 2002, 8 de agosto de 2003 y la Resolución de 22 de noviembre de 2004).”

Lo que llama la atención es que la parte resolutive de la sentencia haga alusión al informe de conducta de la institución el cual alega que al no haber adjudicación, el acto no es definitivo, y que la Sala se ha pronunciado con anterioridad respecto a los actos preparatorios o de mero trámite. En conclusión, hasta este momento, a pesar de la admisión a trámite del recurso, la declaratoria de desierto sigue considerándose como un acto de mero trámite, lo cual sigue alimentando el debate sobre si la afectación de derechos subjetivos es determinante o no para que el recurso contra la declaratoria de desierto sea admitido, sin entrar a analizar si se trata de un acto preparatorio o de mero trámite que impide o no la continuación del procedimiento.

En otro caso, muy comentado en la opinión pública, a través de un auto de 5 de diciembre de 2007, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, suspendió los efectos de la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas relacionada con una declaratoria de desierto del Tribunal Electoral:

“Como viene expuesto, los argumentos que sostienen la petición cautelar ponen de manifiesto que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ha asumido competencia para resolver una impugnación contra un acto proveniente del Tribunal Electoral, en que se declara desierto un acto de Licitación Pública y realiza una nueva convocatoria para el acto público, toda vez que a juicio de la entidad contratante, ninguna de las propuestas había cumplido con las exigencias del Pliego de Cargos y sus Adendas.

Al examinar de manera preliminar los artículos 2 y 104 de la Ley 22 de 2006, sobre Contratación Pública, la Sala observa prima facie, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones

Públicas está legalmente facultado para conocer de impugnaciones presentadas por personas naturales o jurídicas que se consideren agraviadas por una resolución que adjudique un acto de selección de contratista; no obstante en este caso, y como bien ha subrayado la parte actora, el acto impugnado fue la declaratoria de desierto de un acto público, y la convocatoria a una nueva Licitación.

De lo anterior se colige, que en principio, el Tribunal de Contrataciones Públicas ha conocido de un acto que, además de no adjudicar la licitación, tampoco le ha puesto fin al proceso de selección del contratista para el Proyecto del Nuevo Sistema de Identificación Ciudadana, toda vez que al declararse desierto el acto público, se convoca nuevamente a la licitación.

La decisión de fondo de la Sala, sobre el recurso de nulidad presentado por el Tribunal Electoral, emitida el 3 de octubre de 2008, sostuvo lo siguiente:

“...no escapa a la percepción del Tribunal, que la Comisión Evaluadora de las propuestas para el acto público de Licitación por Mejor Valor, para la adquisición del Sistema de Identificación Ciudadana, había determinado que la única propuesta que cumplía con el Pliego de Cargos era la propuesta del CONSORCIO SAGEM. No obstante, al momento de decidir sobre la adjudicación, el Tribunal Electoral decidió declarar desierto el acto de Licitación, y realizó una nueva convocatoria, toda vez que a juicio de la entidad contratante, ninguna de las propuestas había cumplido con las exigencias del Pliego de Cargos y sus Adendas.

....De todo lo expuesto se sigue, que al momento en que se emitió el acto censurado, **el Tribunal de Contrataciones Públicas no podía conocer a través del recurso de impugnación, de la declaratoria de deserción de la**

Licitación Por mejor Valor convocada por el Tribunal Electoral, acto que en ese momento no adjudicaba la contratación, ni le ponía fin al proceso de selección del contratista para el Proyecto del Nuevo Sistema de Identificación Ciudadana, toda vez que al declararse desierto el acto público, se convoca nuevamente a la licitación". (Lo subrayado y resaltado es nuestro).

Esta sentencia deja entrever que la posición de la Sala respecto a la declaratoria de desierto todavía no está consolidada. Dentro del procedimiento administrativo, la declaratoria de desierto desde la aprobación de la Ley 56 de 1995, que regulaba con anterioridad la contratación administrativa en Panamá, siempre había sido considerada como un acto definitivo susceptible de ser impugnado en la vía administrativa, sin embargo, la incertidumbre jurídica se da al momento de la interposición del recurso de plena jurisdicción ante la Sala Tercera, donde la jurisprudencia en ocasiones admite la demanda y decide el fondo del asunto, pero en otras, como tuvimos oportunidad de analizar, ha considerado la declaratoria de desierto como un acto de mero trámite no impugnable de forma directa ante dicha Sala. Por otra parte, cabe destacar que en estos autos y sentencias hay un elemento común: que junto con la declaratoria de desierto se convoca a un nuevo acto público, sin embargo, esta valoración objetiva, ignora la posibilidad de que se hayan vulnerado derechos objetivos e intereses legítimos con la decisión de declarar desierto un acto público, e incluso que se haya actuado con abierta desviación de poder³⁹⁷.

³⁹⁷ La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha definido lo que es la desviación de poder en diferentes sentencias, por ejemplo en sentencia de 25 de julio de 2006 desarrolló extensamente cuando considera que se incurre en esta causal de ilegalidad por parte de la Administración: "La desviación de poder es un vicio de los actos administrativos que se genera, como señalan los tratadistas De Laubadere, Venezia y Gaudamet, cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquella por lo cual el acto podría ser legalmente expedido (obra citada, pág.444) . En este sentido, debe tenerse presente que tanto el Consejo de Gabinete como la Junta Directiva de la Lotería Nacional y el Ministro de Hacienda y Tesoro debían actuar única y exclusivamente con una finalidad de interés general en la expedición de las citadas resoluciones y la desviación de ese interés hacia finalidades distintas puede producir el vicio a que aludimos. La Sala considera que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por Andre De Laubadere (obra citada, pág. 445), al menos en los siguientes casos: 1.-Cuando el acto se expida obedeciendo a un móvil de tipo personal, como un interés privado o el espíritu de venganza.

Luego de la decisión contenida en la citada sentencia de 2 de octubre de 2008, se expide la Ley 41 de 2008, que modifica el artículo 104 de la Ley 22 de 2006 de contratación públicas, cuyo numeral 1 quedó con la siguiente redacción:

“Artículo 104. Creación. Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia, de:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación **o la declaratoria de deserción** emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista. (Lo resaltado es nuestro); 2...”

Con esta modificación, el Tribunal de Contrataciones Públicas adquiere expresamente competencias sobre las declaratorias de desierto de actos públicos emitidas por las diferentes instituciones públicas, lo que representa un reconocimiento expreso de que estamos frente a un acto definitivo recurrible en la vía administrativa, por lo que habrá de esperar las nuevas decisiones de la Sala Tercera sobre este tema para observar cual es la tendencia de la jurisprudencia.

2) Con relación a la precalificación de contratistas

La Ley 56 de 1995 que regulaba la contratación administrativa en Panamá antes de la aprobación de la Ley 22 de 2006 estableció en la parte final del primer párrafo del artículo 23, en relación con la decisión de precalificar o no a un particular o empresa, que **“contra la decisión adoptada, no cabe ningún recurso”**.

2.- Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando, se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político y; 3.- Cuando el móvil del acto es el interés de un tercero, lo cual se produce cuando la decisión está dirigida a favorecer a un particular en detrimento de otro. No hay que perder de vista que, como señala Carmen Chinchilla, profesora de Derecho Administrativo..., el vicio de los actos administrativos denominado desviación de poder 'surgió como una elaboración de la jurisprudencia para fiscalizar esa manifestación de la potestad administrativa denominada discrecional que venía escapando del control jurisdiccional' (La desviación de poder, Editorial Civitas, Madrid, 1989,pág.58)".

Esta frase fue acusada de inconstitucional y luego del debate entre la Procuraduría de la Administración actuando como abogada del Estado, la cual argumentaba que la declaratoria de precalificación es un acto preparatorio que no crea derechos ni obligaciones para ninguna de las partes, y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que sostuvo que la falta de oportunidad de interponer recursos en la vía administrativa dejaba en estado de indefensión al no precalificado, el cual pierde su derecho a participar en la licitación pública, esta última declaró inconstitucional la frase arriba transcrita, por considerarla violatoria de los artículos 32 (que contiene el principio del debido proceso), 203, numeral 2 (actual artículo 206, y que señala cuales son los actos susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa), y 263 (Licitación Pública como regla general) de la Constitución Política.³⁹⁸

Si bien, la frase no distinguía entre recursos en la vía administrativa y recursos ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala ya había inadmitido recursos en contra de resoluciones que precalificaban contratistas por considerar que se trataba de actos de mero trámite.

La sentencia de 13 de diciembre de 2000 al declarar inconstitucional la frase, tampoco diferenció entre las dos vías recursivas, por lo que debe entenderse que el proponente cuenta con los recursos que la vía administrativa le otorga para

³⁹⁸ La sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 13 de diciembre de 2000 señaló en uno de sus apartados lo siguiente: "...Luego entonces, la frase demandada de inconstitucionalidad si deja en estado de indefensión – a criterio de la Corte – al proponente desestimado por la Comisión Calificadora de aspirantes a la Contratación Pública con la institución contratante, dejándolo sin participación en el resto del procedimiento, por lo que la Corte estima que la frase `contra la decisión adoptada no cabe ningún recurso', contenida en el última parte del primer párrafo del artículo 23 de la Ley 56 de 1995, viola el principio constitucional, al no permitirle defenderse de su exclusión por parte del Comité precalificador. Por otro lado, es el criterio del pleno, que el párrafo mencionado también infringe el numeral 2do del artículo 203 de la Excerta Fundamental, toda vez que se excluye no solo de la impugnación vía administrativa sino también del control de la administración de justicia, la decisión del comité precalificador para la contratación estatal pertinente, siendo dicho acto de naturaleza autónoma dentro del procedimiento de contratación pública, por afectar derechos de particulares, lo cual justifica de manera evidente el derecho del aspirante a proponente, para impugnar un acto que lo perjudica de manera permanente, al quedar excluido de forma definitiva del proceso de contratación pública".

impugnar la resolución que lo declare como no precalificado, además de contar con el contencioso administrativo para acudir en última instancia.³⁹⁹

La Ley 22 de 2006, que regula actualmente la contratación pública en Panamá, establece reglas sobre la figura de la precalificación, pero omitió indicar los recursos que caben en contra de la decisión producto de dicho proceso⁴⁰⁰, por lo que se debe aplicar la regla general en relación con las decisiones de la Administración que afectan derechos subjetivos. Por otro lado observamos que el artículo 120 de la Ley 22 no contiene una competencia expresa del Tribunal de Contrataciones Públicas que permita a dicho ente colegiado conocer de todas las decisiones definitivas o de mero trámite que impidan la continuación del procedimiento que afecten derechos subjetivos (No hay una cláusula competencial general), sin embargo, para acudir a la

³⁹⁹ El artículo 120 de la Ley 22 establece el marco competencial del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Este artículo se ha modificado en diferentes ocasiones debido a que originalmente indicaba que el Tribunal solamente podía conocer de los actos de adjudicación. De hecho, la Sala Tercera como lo comentamos al analizar el tema de la declaratoria de desierto, declaró que el Tribunal no era competente para conocer de estas resoluciones ya que expresamente la Ley no le había otorgado esta competencia, por lo que se tuvo que incorporar la mismo posteriormente. No se observa en la norma, una competencia expresa para conocer de las resoluciones que precalifican o no a los contratistas, por lo que eventualmente cuando llegue una impugnación sobre alguna de ellas, con seguridad se revivirá el debate. **“Artículo 120. Creación.** Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia de:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.
2. El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.
3. Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver.

⁴⁰⁰ La Ley 22 regula las precalificaciones en su **Artículo 51: “Precalificación de proponentes.** El Consejo de Gabinete podrá acordar, de manera excepcional, que ciertos proyectos, teniendo en cuenta su cuantía y complejidad, sean sometidos a un proceso de precalificación de proponentes, previo al acto público. Esta materia será reglamentada por el Órgano Ejecutivo”. El Decreto 366 de 2006 desarrolla el artículo 51 de la Ley 22 a través de dos artículo: **“Artículo 65: (Potestad del Consejo de Gabinete para acordar la precalificación)** El Consejo de Gabinete podrá acordar, de manera excepcional, que ciertos proyectos, teniendo en cuenta su cuantía y complejidad, sean sometidos a un proceso de precalificación de proponentes, previo al acto público, para lo cual la entidad licitante elaborará un pliego de cargos que contendrá los requisitos que deben cumplir los proponentes. (Art. 45 L 22-2006); **Artículo 66: (Naturaleza de la precalificación)** La precalificación de los proponentes consistirá en un proceso de preselección en el que se determinará la capacidad administrativa, financiera, técnica y los antecedentes legales de los participantes; y que podrá incluir aspectos relacionados con los bienes, obras o servicios objeto de la precalificación. El Consejo de Gabinete definirá las reglas para el proceso de precalificación. Una vez concluida la precalificación, la entidad contratante adoptará uno de los procedimiento de selección de contratista establecidos en la Ley, donde participarán únicamente los proponentes precalificados y se aplicarán las normas generales y especiales que se determinen a los efectos en la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y este reglamento. (Art. 45 L 22-2006)”.

Sala Tercera, hay que agotar la vía Gubernativa, por lo que ante la existencia de la sentencia de 3 de octubre de 2008 arriba citada, surge la duda sobre si ante la falta de competencia expresa del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para conocer de las decisiones sobre precalificaciones, cabe un Recurso de Reconsideración o Apelación ante la institución que dictó el acto, tomando en cuenta que la Ley 38 de 2000 que regula el procedimiento administrativo es supletoria ante los vacíos de la ley especial.

Por otro lado, sentencias de la Sala Tercera posteriores al año 2000, pero anteriores a la aprobación de la Ley 22 de 2006 que regula la contratación administrativa en la actualidad, en nada ayudan a aclarar la situación sobre la naturaleza de la declaratoria de precalificación, entrando en contradicción al considerar esta decisión, como un acto de mero trámite o preparatorio no susceptible de impugnación ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

En el auto de 27 de julio de 2006 si bien el debate se centró sobre si los pliegos de cargos son actos definitivos o actos preparatorios susceptibles de impugnación, lo cual analizaremos en el siguiente apartado, se hizo referencia a las precalificaciones como ejemplos de actos preparatorios no recurribles ante la Sala Tercera y en vez de citar la sentencia que declaró inconstitucional el párrafo final del artículo 23, inexplicablemente se citó entre otros, el auto de 5 de octubre de 1998⁴⁰¹ que

⁴⁰¹ El Auto de 5 de octubre de 1998 al inadmitir la demanda en contra de una resolución que suspendió un proceso de precalificación, sobre la naturaleza de la misma señaló lo siguiente: "Ciertamente, el último párrafo del artículo 23 ibídem señala que 'Toda persona que haya sido precalificada tendrá derecho a presentar propuestas', sin embargo, tal circunstancia no convierte a la resolución de precalificación en un acto definitivo, dado que el procedimiento de precalificación tiene por objeto, precisamente, escoger a quienes participarán en la celebración de un acto público posterior, que podría concluir con su adjudicación a uno de los proponentes o, por el contrario, con la declaratoria de deserción del mismo si las propuestas presentadas son gravosas o riesgosas para el Estado, si son contrarias a los intereses públicos, etc. (art. 46 ibídem). Refuerza todo lo anotado, el hecho de que en los procedimientos de selección de contratistas, la Ley N° 56 de 1995 solo autoriza el acceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa para recurrir contra la resolución que adjudica la licitación, el concurso o la solicitud de precios, es decir, contra la resolución final o definitiva. Así se desprende del contenido del artículo 45 ibídem, cuya parte pertinente se transcribe a continuación: 'Artículo 45. Adjudicación de la licitación pública, del concurso o de la solicitud de precios. El jefe de la entidad contratante, o el funcionario quien se delegue, si considerase que se han cumplido las formalidades establecidas por la ley, mediante resolución motivada adjudicará, en un plazo perentorio, la licitación pública, el concurso o la solicitud de precios o lo declarará desierto en los casos señalados en el artículo 46....La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas. Sin embargo, las personas que se consideren agraviadas con la decisión, podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas

consideró la precalificación como un acto preparatorio, por lo que la demanda en su momento fue inadmitida, obviándose la sentencia de 2000 que declaró inconstitucional el último párrafo del artículo 23 de la Ley 56 de 1995.⁴⁰² El recurrente ensayó una apelación a la inadmisión del recurso objetivo de nulidad, y a pesar de que la Sala mantuvo su decisión de inadmitir la demanda contra el pliego de cargos, por considerarlo como un acto preparatorio de la voluntad de la administración no recurrible, como analizaremos a continuación, si rectificó su posición respecto a las precalificaciones al señalar en la parte final del auto, que: “Por otra parte, nada impedía que una vez dictada la resolución de preclasificación, ésta fuese objeto de recurso, tal como lo determinó el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al declarar inconstitucional la frase “*contra la decisión adoptada, no cabe ningún recurso*”, contenida en el artículo 23 de la ley 56 de 1995”.

3) Sobre el pliego de cargos

La naturaleza del pliego de cargos o pliego de condiciones del acto público de la licitación, como objeto de impugnación en lo contencioso administrativo, ha sido para la doctrina jurisprudencial panameña motivo de un amplio debate. La Ley 22 de 2006 define en el artículo 2, numeral 20, lo que debe entenderse por pliego de cargos:

“Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los

del procedimiento fiscal, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contencioso-administrativa que corresponda”. Tal como puede apreciarse, la parte final de la disposición transcrita faculta a las personas que se consideren afectadas con la adjudicación del acto público para recurrir contra el mismo ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, previo agotamiento de la vía gubernativa. Esta facultad, sin embargo, no está legalmente prevista para el caso de la resolución de precalificación de proponentes, respecto de la cual no cabe recurso alguno, tal como lo declara la parte final del artículo 23 de la citada Ley Nº 56 de 1995”.

⁴⁰² El auto citado respecto a la posibilidad de impugnación de la precalificación señaló lo siguiente: “Como se desprende de lo transcrito, la Ley permite a la entidad contratante, en este caso la ATTT, a que precalifique las empresas que participaran en la Licitación Pública tendiente a adoptar una decisión final, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, estableciendo que esta decisión no será susceptible de impugnación ante la vía contencioso-administrativa, dejando este accionar solo contra la resolución que adjudica la licitación, el concurso o la solicitud de precios, es decir, contra la resolución final o definitiva”.

términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones”.

De lo anterior, se colige, que se trata de un documento que contiene los requisitos y reglas que van a regir la licitación en su etapa precontractual, hasta que se formalice el contrato, cuyo modelo forma parte del pliego, momento a partir del cual se aplicaran las reglas contenidas en aquel, y las demás normas aplicables en la etapa contractual.

No obstante lo señalado, no se trata de un simple documento, sino de las bases de la licitación, que contiene reglas, procedimientos y requisitos que pueden ser arbitrarios e ilegales, y atentar contra los principios generales que rigen la contratación pública. Sobre el pliego de cargos o pliego de condiciones de la licitación hay varias preguntas que tienen difícil respuesta dentro de nuestra legislación: ¿Se trata de un acto administrativo? ¿Podría concebirse en alguna circunstancia como un acto definitivo o siempre debe considerarse como un acto preparatorio? ¿Sería su publicación el acto? ¿Aspectos de su contenido pueden ser demandados de forma independiente? ¿Con qué mecanismo jurídico cuentan los contratistas si alguno de los requisitos exigidos para la calificación de los contratistas es discriminatorio, o los parámetros de evaluación de las propuestas colisionan con lo que señala la Ley? Muchas de las situaciones que se dan en los procedimientos de contratación pública en Panamá escapan del esquema revisor de actos administrativos de nuestro contencioso administrativo, y difícilmente podrían identificarse como actos administrativos definitivos o de mero trámite.

En cuanto a si los pliegos son actos administrativos, habría que concluir, que desde el momento que se publican en el portal electrónico PanamaCompra, reflejan una manifestación de voluntad de la Administración de recibir ofertas públicas respecto al

bien, obra, servicio o consultoría requerida por la Administración, y en lo referente a si se trata de actos definitivos, o preparatorio o de mero trámite, la jurisprudencia ha mantenido el criterio objetivo de considerar a los pliegos como actos preparatorios de la voluntad de la Administración.

Sobre la posibilidad de demandar algún aspecto de su contenido, el auto de 24 de octubre de 2006 fue enfático al señalar que “antes de adjudicarse definitivamente el acto público, y quedar éste debidamente perfeccionado, el Pliego de Cargos (como parte integrante del contrato), no es susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.”, ya que como lo indica dicho Auto, existe en la Ley la posibilidad de que el Pliego de Cargos sea objetado, revisado o aclarado en las reuniones de homologación que se organizan para que los interesados presenten sus objeciones y observaciones a los documentos de la licitación, luego de lo cual se entienden aceptados sin reservas.⁴⁰³

No obstante, en su parte final, el citado Auto aclara que si bien el Pliego de Cargos es un acto unilateral y los participantes están obligados a sujetar sus propuestas a los mismos, esto no puede significar que “la Administración pueda incluir cláusulas ilegales, dado que toda la actividad administrativa se encuentra sometida al principio de legalidad”. Cabe destacar que los pliegos de cargos, de acuerdo a la jurisprudencia, no pueden ser demandados de forma independientes, por lo su nulidad puede ser demanda, una vez se dé la adjudicación de la licitación o al demandarse la nulidad del contrato. Luego viene el debate sobre quienes están legitimados para demandar la adjudicación o el contrato, si al ser actos unilaterales pueden ser demandados a través de una demanda de nulidad, o tienen que existir un derecho subjetivo vulnerado (y haber participado en el procedimiento licitatorio) para poder demandar a través de una demanda de plena jurisdicción, lo cual

⁴⁰³ El Auto señaló expresamente lo siguiente: “Ciertamente, ello no impide que un Pliego de Cargos sea objetado, revisado o aclarado durante el curso de un acto de contratación pública, toda vez que el artículo 37 de la propia Ley 56 de 1995 (hoy día subrogada por la Ley 22 de 2006), establecía la obligación de celebrar reuniones previas de aclaración e incluso homologación con antelación a la celebración del acto de selección del contratista (concurso o licitación según sea el caso), para que los interesados presenten sus objeciones y observaciones, luego de lo cual se entienden aceptados sin reserva, los documentos del concurso o licitación”. Sin embargo, tanto en la Ley 56 de 1995, como en la Ley 22 de 2006 no todos los actos públicos ofrecen la oportunidad de objetar el pliego a través de una homologación. En algunos casos es obligatoria, en otros tiene que ser solicitada por los licitantes, y hay convocatorias que excluyen esta posibilidad.

analizaremos en el apartado referente a la tutela judicial efectiva y las demandas de nulidad y plena jurisdicción.

4) La inhabilitación del contratista como acto independiente recurrible

La Ley 22 de 2006 regula la inhabilitación de los contratistas a los que se les haya decretado la resolución administrativa del contrato producto de un incumplimiento contractual. El artículo 117 de dicha norma señala que:

“La sanción de inhabilitación se decretará en el mismo acto en que se declara la resolución administrativa del contrato. Será responsabilidad de la Dirección General de Contrataciones Públicas reglamentar esta materia”.

Del texto de la norma se infiere, que la inhabilitación es una medida sancionatoria producto de la resolución administrativa del contrato. No puede haber inhabilitación sin resolución administrativa, pero ¿podría una entidad licitante, dentro de sus potestades discrecionales, no dictar la medida de inhabilitación junto con el acto que resuelve administrativamente el contrato?

La norma indica que la medida se decretará en el mismo acto, no señala que deberá decretarse en todos los casos en que haya una resolución administrativa del contrato, sin embargo, al analizar el artículo 119 donde se hace referencia al incumplimiento de las reglas de los Convenios Marco, si se observa una diferencia en cuanto a la obligación de inhabilitar como una consecuencia de la resolución administrativa del contrato.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ “**Artículo 119. Incumplimiento de las órdenes de compra en convenio marco.** En caso de incumplimiento de órdenes de compra amparadas por un convenio marco, la entidad contratante aplicará el procedimiento de resolución administrativa. Resuelta la orden de compra, la entidad licitante notificará a la Dirección General de Contrataciones Públicas que esta se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada, para que proceda a sancionar al contratista de forma progresiva de la siguiente forma: 1. La primera vez, con el retiro temporal del Catálogo Electrónico de Productos y Servicios, por un periodo de tres meses, de todos los productos o servicios incluidos en los convenios marcos vigentes; 2. La segunda vez, se impondrá la inhabilitación por un periodo mínimo de seis meses y máximo de un año; 3. La tercera vez, se impondrá la inhabilitación por un periodo mínimo de dos años y máximo de tres años”.

Por otro lado la reglamentación de la Ley no ayuda a aclarar si se trata o no de una obligación de la entidad contratante el declarar en todos los casos de manera automática la inhabilitación, aunque si señala expresamente en su artículo 369 que si la resolución administrativa es recurrida ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, debe entenderse que el efecto suspensivo del recurso se hace extensivo a la sanción de inhabilitación, y en cuanto a las causales de inhabilitación, el reglamento de la Ley (D.E. 366 de 2006) señala en su artículo 371, como regla general, que la inhabilitación será de tres (3) meses a tres (3) años, dependiendo de tres circunstancias: la reincidencia; la cuantía del contrato; y la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento, y que la autoridad competente deberá incluir estos criterios al momento de individualizar la sanción.

Nótese que la norma no habla de la primera vez, sino de la reincidencia, y observando los criterios que permiten determinar el tiempo de la sanción, pareciese que hay espacio para la discrecionalidad cuando no haya reincidencia. Por otro lado la norma establece una serie de conductas agravadas que impiden que la sanción aplicable sea menor a dos (2) años, lo que representa una limitación directa a la discrecionalidad.

El análisis realizado es importante para determinar si la inhabilitación, como sanción que depende de la resolución administrativa del contrato puede ser demandada o no como un acto autónomo e independiente ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Ya vimos su falta de independencia en la vía administrativa, sin embargo, la jurisprudencia respecto a la naturaleza de la misma, ha expresado que no es necesario demandar la resolución administrativa del contrato ante la Sala Tercera para demandar el acto de inhabilitación.

A través de Auto de 30 de junio de 2009, la Sala Tercera confirmó el Auto de 21 de enero de 2009, mediante la cual el Magistrado Sustanciador Admitió la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma De Obaldía & García de Paredes, en representación de la sociedad Asfaltos Panameños, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. 1658 de 22 de julio de 2008, dictada por la Viceministra de Finanzas. El Procurador de la Administración,

fundamento su recurso de apelación a la admisión del recurso en lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N°135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, en virtud de que a su criterio, la resolución demandada no es un acto definitivo que cause estado.⁴⁰⁵ El Procurador concluye sus argumentos indicando que el acto demandado le impone a dicha sociedad la sanción accesoria de inhabilitación impuesta por el acto demandado, por lo que aun cuando dicho acto fuese anulado por la Sala, los efectos jurídicos del acto que resuelve el contrato subsistirían.

El resto de la Sala decidió confirmar el auto admisorio apelado, advirtiéndole al apelante que el Auto de 7 de junio de 2007, que fue citado como parte de los argumentos de la apelación para sustentar que la inhabilitación es un acto de mero trámite no impugnante ante la Sala tercera, fue citado fuera de contexto, ya que si bien “es cierto que los actos preparatorios o de mero trámite no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo cierto es que, a través de dicho Auto, el Magistrado Sustanciador inadmitió una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta contra la solicitud de destituir a un docente, dirigida al Órgano Ejecutivo por el Director del Instituto Profesional y Técnico de Colón, y no contra la destitución misma”. La Sala también fue enfática en que anteriormente a través de auto de 12 de marzo de 2007, ya había expresado que el acto que impone una sanción de inhabilitación en materia de contratación pública es recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa por “tratarse de un acto administrativo autónomo que sí crea estado”.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ “A juicio del funcionario, lo que debió demandarse fue la Resolución No. AL-125-07 de 10 de agosto de 2007, a través de la cual el Ministerio de Obras Públicas resolvió administrativamente el Contrato 050-97 de 23 de enero de 1997 por el incumplimiento del mismo y ordenó realizar los trámites pertinentes para la inhabilitación de las sociedades ASFALTOS PANAMEÑOS, S.A. y CONSTRUCTORA DEL ISTMO, S.A. para celebrar contratos con el Estado, y que no ha sido recurrido ante esta jurisdicción por la sociedad demandante.”

⁴⁰⁶ “La inclusión de este argumento permite considerar la Resolución en la que se impone la sanción de inhabilitación, como un acto independiente y demandable ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia...En torno a la petición de revocatoria del auto admisorio de la demanda que hace el Procurador de la Administración, señalando que la Resolución N° 526 de 2005 no le pone fin a una situación y por ello no es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, resulta oportuno citar lo expresado por el jurista Francisco Chamorro Bernal, en su obra *La Tutela Judicial Efectiva*. “Una vez reconocido el acceso a la Jurisdicción, la siguiente garantía comprendida en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el Órgano Jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de la tutela en general, es un derecho de configuración legal. Cuando las exigencias formales obstaculizan de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho fundamental, o si en el caso concreto esos

5) Con relación a la contratación a través de procedimientos excepcionales (Contrataciones Directas)

Con la aprobación de la Ley 48 de 2011 se modificó el Título que regula la contratación directa dentro de la Ley 22 de 2006. Con esta modificación se sustituyó dicho concepto en todo el articulado de la ley y se reemplazó por el de “procedimiento excepcional de contratación”. Este cambio conceptual vino acompañado de un cambio parcial en la forma en la que habitualmente se tramitaba las contrataciones directas, pero no deja de ser una modificación semántica que sigue sin impedir que haya excesiva discrecionalidad al momento en que la entidad decide llevar a cabo el procedimiento excepcional de contratación con un particular o empresa, previa autorización de las entidades correspondientes (La contratación por procedimiento excepcional requiere en la mayoría de los casos de un acto administrativo emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, el Consejo Económico Nacional, o el Consejo de Gabinete, lo que dependerá del monto de la contratación).

Dicho acto administrativo autoriza a contratar directamente con un particular o empresa, lo que constituye un acto reglado que sigue un procedimiento contenido en la ley, y que es un requisito para la firma del contrato y su posterior perfeccionamiento a través del refrendo de la Contraloría General de la República.

En esta autorización, que constituye el acto administrativo a través del cual se otorga la dispensa a las instituciones para no acudir al procedimiento licitatorio se pueden dar omisiones, pretermisiones, o cometerse irregularidades, e incluso se puede incurrir en desviación de poder,⁴⁰⁷ no obstante, la doctrina jurisprudencial se ha

requisitos han perdido su finalidad o su incumplimiento puede convertirse en una falta subsanable, es cuando la inadmisión puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego”. (CHAMORRO BERNAL, Francisco. La Tutela Judicial Efectiva, Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 49)."

⁴⁰⁷ En sentencia dictada en 1991, la Sala Tercera producto de una demanda de nulidad presentada por la entonces Procuradora de la Administración para que se declarara la nulidad de dos contratos celebrados entre la Lotería Nacional de Beneficencia y Jorge Altamirano y Gabriel Altamirano, para la impresión y suministro de billetes, chances y boletos de lotería, además de declararse los contratos ilegales, se indicó respecto a la autorización del Consejo de Gabinete que le sirvió de base, lo siguiente: "La Potestad del Consejo de Gabinete de Exceptuar del Trámite de Licitación Pública un Contrato, por existir Urgencia Evidente en su celebración, es de Carácter Discrecional, pero no puede

inclinado por considerar las autorizaciones para contratar a través de procedimiento excepcional (contrataciones directas) de manera objetiva, como actos preparatorios o de mero trámite, sin entrar a analizar aspectos subjetivos de las demandas. En estos casos aún no hemos observado la aplicación de la doctrina de la tutela judicial efectiva⁴⁰⁸ a pesar de las consecuencias que puede tener respecto a los derechos subjetivos o la legalidad objetiva, la falta de reconocimiento de estas autorizaciones como actos administrativos recurribles. Solamente hay que recordar, como lo ha sostenido la Sala, que es necesario hacer un análisis previo sobre la admisibilidad del recurso antes de verificar si procede la solicitud de suspensión del acto. En el caso del Auto de 23 de septiembre de 2003 (citado), confirmado en apelación, mediante Auto de 17 de enero de 2005, no se entró a analizar si procedía la suspensión, debido a que la Sala consideró que la Resolución de Gabinete constituye un acto preparatorio o de mero trámite, y se procedió a recomendar la

ejercerse de forma arbitraria para favorecer a unos particulares en detrimento de otros. Hubo desviación de poder, por lo que se considera la nulidad de los contratos impugnados”.

⁴⁰⁸ A través de Auto de 9 de septiembre de 2002, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia inadmitió una demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°5 de 23 de enero de 2002, proferida por el Consejo de Gabinete que exceptuó al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales del procedimiento de selección de contratista en los términos del numeral tres del artículo 58 de la Ley 56 de 1995; y autorizó al Director Ejecutivo de esta institución “a fin de que lleve a cabo todos los trámites legales pertinentes a fin de formalizar el contrato con la empresa Constructora Urbana S.A. (CUSA)”. La Sala sustentó su inadmisión sobre la base de lo siguiente: “La Sala estima que la demanda no puede ser admitida, debido a que se observa que el acto administrativo impugnado es de carácter preparatorio o de mero trámite, por lo cual no puede ser acusado antes esta jurisdicción, tal y como en reiteradas ocasiones lo ha señalado esta Sala (Ver fallo de 9 de diciembre de 1988, 16 de junio de 1998, 19 de septiembre de 1997) La jurisprudencia de esta Sala ha expresado en situaciones similares, que los actos preparatorios o de mero trámite, son aquellos cuyo contenido forma parte de un procedimiento administrativo, encaminado a adoptar una decisión final cuya condición puede variar. En el presente caso, el acto susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como acto definitivo, lo sería el contrato que suscriba El IDAAN con la empresa Constructora Urbana, S.A. con base en la autorización otorgada por la resolución dictada por el Consejo de Gabinete”. En ese mismo sentido, el Auto de 22 de septiembre de 2003 expresó lo siguiente: “Mediante el acto impugnado el Consejo de Gabinete “exceptúa al Ministerio de Obras Públicas del requisito de selección de contratista y se le autoriza a contratar directamente con la empresa Constructora Urbana S.A., el diseño, financiamiento y construcción del camino ecológico Boquete - Cerro Punta. (G.O. No. 24,695 de 6 de diciembre de 2002). Sobre el particular, advertimos que la Resolución N° 123 de 2002 no es un acto administrativo de naturaleza definitiva, pues a través de la misma el Consejo de Gabinete se limitó a exceptuar al Ministerio de Obras Públicas del cumplimiento de un requisito esencial en las contrataciones públicas, como lo es el de selección de contratista, y autorizar al Ministro del Ramo para negociar el respectivo contrato, es decir, que no se trata de un acto que causa estado, que crea, modifica o extingue derechos”. La Sala concluyó que la Resolución de Gabinete N° 123 de 2002, no es impugnante ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues se trata de un acto preparatorio del contrato administrativo que celebrará el Ministro de Obras Públicas con la empresa Constructora Urbana, S.A. Cabe destacar, que dicho contrato será el acto definitivo, susceptible de ser demandado ante esta Sala.

demanda del contrato, lo que en efecto llevó a cabo el recurrente. Tres años después, el recurrente, a través de sentencia de 9 de febrero de 2006, obtuvo una declaratoria de nulidad tanto de las Resoluciones de Gabinete N°123 de 4 de diciembre de 2002 y N° 10 de 29 de enero de 2003, como del Contrato Administrativo (que las tuvo como base), celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa Constructora Urbana, S.A. para el diseño, financiamiento, estudio de impacto ambiental y construcción del Camino Ecológico Boquete-Cerro Punta.⁴⁰⁹ No obstante la victoria obtenida con la sentencia, el no haberse logrado la suspensión del acto con la primera demanda, por haberse considerado la autorización del Consejo de Gabinete como un acto preparatorio, consideramos que atenta contra los intereses legítimos de la demandante.

⁴⁰⁹ La Sala al entrar en el fondo del asunto expresó lo siguiente: "Por otro lado, no escapa a esta Superioridad, que el funcionario demandado al momento de firmar el Contrato N° DINAC-1-119-02, también desconoció la categoría de bosque especial -entiéndase por él, el dedicado a preservar áreas de interés que solo pueden ser sometidos a actividades de aprovechamiento compatibles con la naturaleza y objetivos de su creación-, del Parque Nacional Volcán Barú (Ver artículo 25 de la Ley N° 1 de 1994). Esto es así, porque según se desprende de las Resoluciones y el Contrato impugnado, la construcción del camino ecológico lo que persigue es acrecentar el desarrollo económico en la región de Tierras Altas de la Provincia de Chiriquí y el carácter turístico de la comunidad de Boquete y no preservar la riqueza forestal de dicho Parque. En cuanto al Contrato N° DINAC-1-119-02 de 13 de febrero de 2003, cabe destacar que no fue firmado ante la celebración de un acto público, sino mediante contratación directa con fundamento en el supuesto de "urgencia evidente" que consagra el artículo 58 (numeral 3) de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995. A su vez, que las resoluciones que autorizan la contratación directa -Resolución de Gabinete N° 123 de 4 de diciembre de 2002 y N° 10 de 29 de enero de 2003-, sustentan la urgencia notoria en que las características propias del Parque Nacional Volcán Barú `hacían indispensable iniciar las obras de corte de camino, colocación de tuberías y pavimentación, aprovechando la estación seca'. En este sentido, resulta oportuno mencionar que es permisible llevar a cabo una contratación directa cuando se considere que la demora en los trámites de selección de contratistas le ocasionará un perjuicio al Estado, los servicios públicos o la colectividad. No obstante, en el proceso in examine, de los actos administrativos impugnados -preparatorios y definitivo-, así como de las pruebas allegadas a los autos no se desprende la necesidad urgente de construir una carretera que atreviese el Parque Nacional Volcán Barú. Los considerandos de las Resoluciones de Gabinete impugnadas si bien es cierto destacan que la comunicación vial entre las comunidades de Boquete y Cerro Punta tendrá un impacto positivo y fortalecerá el desarrollo socio económico de toda la región Chiricana, su urgencia queda subsumida al aprovechamiento de la estación seca para llevar a cabo las obras de construcción, más no en la necesidad inminente de la comunicación vial. En virtud de lo expresado, esta Superioridad concluye que los actos impugnados vulneran los artículos 5 del Decreto 40 de 24 de junio de 1976; 4 de la Resolución de Junta Directiva de INRENARE 021-8 y; 58 (numeral 3) de la Ley 56 de 1995, por lo que no es necesario entrar a conocer los restantes cargos de transgresión aducidos por el actor".

a. En materia de administración de personal y reconocimiento de sus derechos legítimos

En esta materia, un Auto bastante representativo, es el que dictó la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia el 22 de diciembre de 2008, mediante el cual, luego de una apelación, se admitió la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción para que se declare nula por ilegal la Nota N°568-DDRH-Acc de Personal de 9 de junio de 2008, emitida por la Directora de Desarrollo de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República.

El Magistrado Sustanciador a través del auto apelado, decidió no admitir la demanda por considerar que el acto cuya nulidad se solicitaba no es un acto definitivo y que “más bien es un acto preparatorio o de mero trámite en el cual se contesta una solicitud presentada por el señor CORNELIO FLOREZ, a través de la cual se solicita el reconocimiento de bonificación por antigüedad”. Los abogados del señor Florez, en el recurso de apelación interpuesto, alegaron que “no puede entenderse como un acto preparatorio, aquel que niega de manera rotunda el reconocimiento de un derecho”.

La Sala advirtió que a través de la nota impugnada, la institución demandada decidió no acceder a la petición formulada, adelantando además consideraciones de fondo en torno a la petición del demandante, siendo esta claramente una determinación desfavorable para el administrado. En este sentido, consideró, que el acto acusado de ilegal lejos de ser un acto preparatorio, es un acto que causa estado, pues el mismo tiene la potencialidad de lesionar los derechos subjetivos alegados por la parte demandante, que en este caso consistirían en reconocerle el supuesto derecho de bonificación por antigüedad previamente solicitado.⁴¹⁰

⁴¹⁰ Este Auto también hace referencia a otro Auto en esta misma línea sobre la cual ya se había pronunciado anteriormente la Sala Tercera, tal como se observa en Resolución de 13 de enero de 2000, ante un recurso de apelación interpuesto en una demanda de contexto similar, en donde el acto impugnado lejos de ser un acto preparatorio, ciertamente es un acto que podría lesionar los derechos subjetivos del demandante. La resolución en mención dice en su parte medular: “...no le asiste la razón a la señora Procuradora de la Administración en sus observaciones, debido que el Acta de 16 de junio de 1999, no es un acto preparatorio o instrumental. Esto lo decimos en virtud de que si bien es cierto el Acta de 16 de junio de 1999, formalmente constituye un informe de la Jefatura de Enfermería, no es menos cierto que en el fondo se decide la descalificación de la Licda. MARIELA

b. Los actos de comunicación y su acceso al contencioso administrativo

La jurisprudencia panameña de manera recurrente ha sostenido que los actos internos y las meras comunicaciones no son susceptibles de ser recurridas ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo⁴¹¹, sin embargo ha habido una evolución sobre este criterio, lo que permite categorizar diferentes tipos de comunicaciones, incluyendo algunas que pueden afectar derechos subjetivos y contra las cuales se han admitido recursos ante la Sala Tercera.

A través de Auto de 18 de junio de 2012 dicha Sala inadmitió una demanda de plena jurisdicción interpuesta en contra de una nota, que a juicio de la misma no causaba estado, ni decidía directamente el fondo del asunto, ya que lo que contenía era una comunicación interna dirigida a la Jefa de Recursos Humanos de la Autoridad Marítima de Panamá, por parte de la Directora de la Oficina de Asesoría Legal. Esta comunicación a juicio de la Sala, no hace más que respaldar una nota que señala que la petición hecha por el demandante no debe proceder pues no cumple con los fundamentos legales y de administración de recursos humanos, sin entrar a resolver

ACOSTA DE BECKFORD y de la Licda. Nelda Almillategui del Concurso de Subjefatura de Enfermería-Posición N° 593, basándose en los artículos N° 7 (acápito F), 8 y 20 de los Nuevos Criterios del Concurso, (Fojas 2 y 3), quedando por tanto desierto dicho concurso. Tanto es así, que a foja 4 del expediente, reposa la Nota N° 261-DGS-SE de 17 de junio de 1999 que constituye la notificación de dicha determinación desfavorable para la Licda. ACOSTA DE BECKFORD. A su vez, la Licda. MARIELA ACOSTA DE BECKFORD interpuso recurso de reconsideración ante el mismo Jurado, manteniendo éste mediante Acta de fecha 29 de junio de 1999, la misma decisión del Acta de fecha 16 de junio de 1999". Por las circunstancias antes descritas, la Sala consideró que el acto acusado de ilegal no es un acto preparatorio, sino que constituye el acto principal, que podría tener la potencialidad de lesionar los derechos subjetivos alegados por la parte demandante.

⁴¹¹ En el Auto de 20 de septiembre de 2002, que admitió una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por Damaris Espinosa, en representación del señor Manuel José Jiménez Willa, para que se declare nula, por ilegal, la Nota N° DPER-119-02 de 14 de enero de 2002, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, debido a que consideró que la contestación a la solicitud de la recurrente no era un mero acto de comunicación, señala ejemplos de lo que podrían considerarse como tales: "Las anotaciones anteriores revelan, pues, que los actos impugnados no son simples actos comunicativos o informativos como se señala en la Nota original demandada, categoría bajo la cual se ubicarían, por ejemplo: el acto que pone en conocimiento de un particular la decisión adoptada a través de otro acto, el acto que informa a un particular el procedimiento que debe seguir para presentar un reclamo o una petición, entre otros. La Nota DPER-119-02 de 14 de enero de 2002, independientemente de que haya sido suscrita únicamente por el Director Presidente del Ente Regulador, constituye la respuesta oficial dada por este organismo a la petición presentada formalmente por el actor el 28 de diciembre de 2001, mediante la cual se negó el inicio de la investigación solicitada".

el fondo del asunto, por lo que no puede ser considerada como aquellas que son definitivas.⁴¹²

A través de Auto de 8 de marzo de 2005, la Sala Tercera declaró “no viable” una demanda de plena jurisdicción en contra de una resolución de 2001, dictada por el Ministerio de Economía y Finanzas mediante la cual se negó a entregar una suma de dinero a la compañía afianzadora que se había subrogado en todos los derechos y obligaciones del contratista que incumplió el contrato celebrado con el Ministerio de Vivienda.⁴¹³

⁴¹² En un caso similar el Auto de 13 de diciembre de 2012 inadmitió una demanda de plena jurisdicción: “En ese sentido se observa, que la demanda contencioso administrativa presentada, no reúne los requisitos formales e indispensables para su admisión, toda vez que, el acto administrativo objeto de la demanda no es un acto que afecta derechos subjetivos, **sino que se trata de una comunicación que hace la Directora de Recursos Humanos del Órgano Judicial a la Directora de Auditoría Interna de la institución, mediante la cual le remite la valoración cuantitativa del formulario de Evaluación del Desempeño correspondiente al período probatorio de la funcionaria Elba Elena Chávez Araúz.** En ese sentido, es importante aclarar al actor, que el acto que debió demandar para enervar la decisión de no ingreso al Régimen de Carrera Judicial es el formulario de Evaluación del Desempeño, el cual es llenado por el jefe inmediato de la funcionaria, es decir, en este caso, el actor debió atacar la evaluación del desempeño realizada por la Directora de Auditoría Interna, quien es la encargada de realizar la evaluación conforme se establece en el artículo 39 del Acuerdo No.46 de 27 de septiembre de 1991, que aprueba el Reglamento de Carrera Judicial. A través de la nota acusada de ilegal, la Directora de Recursos Humanos remite o devuelve a la Directora de Auditoría Interna, el formulario de Evaluación del Desempeño, luego de realizar la valoración cuantitativa de la misma, pero es ésta última quien previamente ha realizado la evaluación del desempeño de la funcionaria, por ello el recurso de reconsideración contra dicho acto debe presentarse y surtirse ante el jefe inmediato, que es quien la realizó. En efecto, en este proceso, el recurso de reconsideración presentado contra la evaluación de desempeño de la licenciada Elba Elena Chávez Araúz, como acto que origina la afectación de sus derechos subjetivos, fue resuelto por la Directora de Auditoría Interna, como lo establece el artículo 40 del citado Acuerdo, por ende, la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción debió ensayarse contra dicha evaluación de desempeño y no contra la nota contentiva de una comunicación. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, reiteradamente, la necesidad de que la demanda de plena jurisdicción esté encaminada contra el acto administrativo principal u originario, el cual ha producido realmente los efectos jurídicos que afectan al administrado y que se pretenden anular dentro de un proceso determinado. Esta exigencia se sustenta en una razón de lógica jurídica, toda vez que la consecuencia de declarar la nulidad de la resolución atacada es eliminar sus efectos y en el caso de la nota demandada no alcanzaría al acto que originó el daño al administrado, por lo que carecería de efectividad jurídica, y el acto original conservaría su fuerza y, por ende, los derechos afectados no se restituirían.” (Lo resaltado es nuestro).

⁴¹³ El Ministerio de Economía y Finanzas manifestó que se encontraba “imposibilitado de acceder a las pretensiones de ASEGURADORA ANCÓN, S.A., toda vez que la misma implica la disposición de fondos públicos y el cumplimiento previo de los supuestos establecidos en la Ley para éstos”. Igualmente señaló que las “sumas retenidas en el Programa de naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) fueron entregadas al Juez Primero de Trabajo de la Primera Sección, en virtud del embargo decretado dentro del Proceso Laboral interpuesto contra las empresas INGENIERÍA POSITIVA, S.A., y CONSTRUCTORA POSITIVA, S.A.” Por último, sugirió que si ASEGURADORA ANCÓN, S.A., “se considera afectada en sus legítimos derechos, deberá tomar las medidas legales conducentes para hacer valer esta posición frente al Estado, mediante la obtención de una sentencia condenatoria que disponga el resarcimiento de perjuicios.”

La Sala consideró que dicha nota, atacada a través de la acción de plena jurisdicción, cumple con la función de responder al reclamo del recurrente que se originó en virtud del incumplimiento del contrato, y no es, en forma alguna, el acto administrativo lesivo de los derechos subjetivos del demandante. La Sala termina aclarando que en virtud de que la no entrega del dinero configura el supuesto de incumplimiento del contrato por parte del Estado, el acto administrativo que origina el daño subjetivo no es la nota impugnada, sino el incumplimiento en sí, en consecuencia, no es posible conseguir el restablecimiento del este derecho, ya que el mismo solo puede ser reestablecido a través de la declaratoria de incumplimiento de contrato y la correspondiente acción indemnizatoria.

El criterio de la Sala de no admitir demandas contra lo que considera meros actos de comunicación o simples actos de comunicación, ha sido sostenido en otras situaciones.⁴¹⁴

No obstante la posición que ha mantenido la Sala respecto a tratar los actos de comunicación de manera objetiva, sin analizar si con los mismos se pueden estar afectando o no derechos subjetivos, volvió a cuestionarse, y en el año 2005 se generó un precedente muy discutido,⁴¹⁵ no sólo en el foro de juristas, sino a través de la opinión pública (Caso Figali). La Sala Tercera, a través de Auto de 22 de junio de 2005, decretó la suspensión de un acto administrativo que a criterio de la

⁴¹⁴ Véase Auto de 12 de febrero de 2004: "Por otro lado, de conformidad con el contenido de la nota demandada se advierte que **se trata de un simple acto de comunicación** del vencimiento del término por el cual había sido contratada la demandante, por lo cual a juicio del suscrito la citada nota no constituye un acto administrativo que puede ser impugnado ante esta jurisdicción". Auto de 7 de abril de 2004: "Por otra parte, se advierte que la presente demanda ha sido dirigida contra la Nota N° 2003 (120-01) J-32 de 3 de febrero de 2003, dictada por el Gerente General de la Caja de Ahorros, por medio de la cual le informa al demandante, que los fondos correspondientes a la cuenta N° 02-05-00293-3 `... fueron entregados a su beneficiario designado, de acuerdo con nuestros procedimientos legales internos...'. De conformidad con lo señalado en el párrafo precedente, a juicio de quien suscribe, **la nota demandada no constituye un acto administrativo propiamente tal susceptible de ser impugnado ante esta jurisdicción, sino que se trata de un simple acto de comunicación**. En ese sentido, la Ley 38 de 2000 señala que acto administrativo es una "declaración emitida o acuerdo de voluntades celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo".

⁴¹⁵ Grupo F. Internacional S.A., presentó demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, para que se declare nulo, por ilegal, el último párrafo de la Nota ARI-AG-4491-2004 de 1 de diciembre de 2004, emitida por la Autoridad de la Región Interoceánica. A su vez, solicitó la suspensión provisional de los efectos de dicha nota. A través de Auto de 22 de junio de 2005, la Sala admitió la medida provisional.

Procuraduría de la Administración y de uno de los magistrados de la Sala, quien salvó su voto, no podía considerarse un acto definitivo que finaliza el procedimiento o causa Estado, sin embargo, sobre la base de la doctrina de la tutela judicial efectiva, se defendió lo contrario y se procedió a la suspensión del acto, lo cual lleva implícito su reconocimiento como un acto recurrible ante la Sala.⁴¹⁶ El citado Auto, ordenó la suspensión provisional de la nota emitida por la Autoridad de la Región Interoceánica por medio de la cual se contestaba una solicitud de equiparación de rentas y suspensión del cobro de la deuda hasta que se realizara dicha equiparación, lo cual la institución consideró como un acto de comunicación que no afecta derechos subjetivos.

El párrafo de la nota impugnado es del siguiente tenor: "Por último, su solicitud de Igualdad de Condiciones en cuanto a las rentas de otros arrendatarios de Amador se encuentra bajo análisis de esta Institución, al igual que las nuevas condiciones

⁴¹⁶ **Marelissa Abrego**, señala que es un requisito esencial para acudir ante la "jurisdicción contencioso-administrativa que el acto administrativo cuya suspensión se solicita sea de aquellos cuya materia sea de competencia de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto quedan excluidos de la posibilidad de suspensión, por mandato contenido en la propia Ley (artículo 28 de la Ley 35 de 1943), los siguientes actos: 1. Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tenga origen en un contrato civil celebrado por la Nación o el Municipio; 2. Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil; 3. Las correcciones disciplinarias impuestas al personal de la fuerza pública y del cuerpo de policía a ella asimilado, excepto cuando impliquen suspensión, postergación para el ascenso o separación del cargo de empleados que sean inamovibles, según la ley". Señala esta autora que el acto administrativo que se impugna debe consistir en una acción de hacer, que altere o modifique un derecho subjetivo o particular, por lo que debe consistir en un acto en firme contra el cual no cabe recurso alguno en la vía gubernativa, y destaca que en Panamá, la legislación y la jurisprudencia no reconocen la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo negativo, que de acuerdo con **Molino Mola** "son aquellos que no modifican o alteran la situación jurídica preexistente y que en consecuencia, no serán actos negativos lo que deniegan lo solicitado, si alteran o modifican la situación jurídica preexistente, por tanto, son aparentemente negativos. Frente a los primeros no cabe la suspensión, pues ello equivaldría al otorgamiento provisional mientras se sustancia el proceso...". Señala la autora que tampoco cabe la suspensión contra las vías de hecho y los actos de ejecución, los cuales se sustancian a través de una acción de reparación directa, y resalta los casos en los que no habrá lugar a suspensión provisional de acuerdo con el artículo 74 de la Ley 135 de 1943: 1. En las acciones referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro e en el personal administrativo, salvo los casos de empleados nombrados para periodos fijos; 2. En las acciones sobre monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasa; 3. Cuando la acción principal esté prescrita; Cuando la ley expresamente lo dispone. Sin embargo, en este apartado de su obra no menciona nada sobre la posibilidad o no de que los actos preparatorios o de mero trámite puedan ser objeto de suspensión provisional, mientras se decide la admisión o no de la demanda. Esta situación ha sido abordada por la jurisprudencia. Es necesario destacar que al emitirse los autos en respuesta a la solicitud de suspensión provisional, como se señala en el encabezado de algunos de estos, se hace un examen previo sobre el cumplimiento de requisitos de la demanda, para luego entrar a analizar si procede o no la suspensión sobre la base de la existencia o no de "Fumus Bonis Iuris" y "Periculum in Mora". Véase **Abrego Caballero**, Marelissa. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá y la Tutela Cautelar. Editorial Universal Books, s/f.

solicitadas por la empresa de manera reciente. Sin embargo, según lo conversado anteriormente, la equiparación no opera de manera retroactiva, y por lo tanto, su deuda ante la ARI se mantiene. En caso de aprobarse la equiparación, la misma surtirá efectos a partir del perfeccionamiento de la addenda correspondiente”.

La institución demandada (Autoridad de la Región Interoceánica) argumentó que “la nota” constituye un acto de mero trámite no susceptible de ser demandado ante la Sala Tercera, lo cual fue avalado por el salvamento de voto de uno de los magistrados de la Sala.⁴¹⁷

La Sala por su parte, opinó que la decisión de mantener el cobro de la deuda mientras se decidiera la solicitud no podía considerarse como una mera comunicación, o un acto preparatorio o de mero trámite, que no afecta derechos subjetivos, de manera que esta decisión de manera indirecta blindó la posibilidad de que se ejerciera la gestión de cobro coactivo, mientras no se resolviera la solicitud de equiparación de rentas con los demás arrendatarios del Proyecto Turístico de Amador.

⁴¹⁷ El Magistrado **Adán Arnulfo Arjona** en su salvamento de voto expresó los siguientes argumentos para manifestar su oposición a la adopción de la medida cautelar: “1. La Nota N°4491-2004 de 1 de diciembre de 2004 -que es objeto de la suspensión- persigue esencialmente reclamar el cobro de una morosidad que la ARI ha detectado en relación con las áreas arrendadas y que, según ella, al 30 de noviembre de 2004 ascendía a la suma total de Dos Millones Ciento Treinta y Un Mil Seiscientos Veintisiete con Veinticinco Centésimos (B/.2,131.627.25).

2. En dicha Nota la ARI propone una fórmula de pago gradual para la cancelación de esta morosidad, lo cual brinda a la empresa arrendataria la oportunidad razonable para ponerse al día.

3. La naturaleza del acto atacado no es susceptible de ser suspendido pues no estamos ante un acto definitivo sino de mero trámite.

4. La Suspensión Provisional no puede ser utilizada para maniatar las gestiones de cobro de los créditos de las instituciones públicas, ya que en lugar de precaver perjuicios lo que provoca es, precisamente, lo contrario, pues tal situación afecta al interés público y a la buena marcha de la Administración. El señalamiento que formuló cobra en este caso mayor relevancia debido al elevado monto de la suma adeudada.

5. Los reparos que la empresa arrendataria plantea a la ARI respecto a la equiparación de condiciones contractuales, no parecen tener pertinencia para los propósitos cautelares, pues, lo relevante es que parece existir una morosidad en el pago de los cánones y la ARI está pretendiendo su cobro con apoyo del contrato suscrito.

6. Las consideraciones que invoca el peticionario implican prácticamente que la Sala formule un preconcepto sobre el posible mérito del reclamo, lo cual, infortunadamente, no es posible que se haga debido al estado incipiente en que se encuentra la causa en la que ni siquiera se ha escuchado los criterios de la ARI y de la Procuraduría de la Administración.

7. Estimo que no se puede adoptar la Suspensión Provisional para evitar el cobro a un arrendatario moroso y tampoco se puede impedir mediante ella que las entidades del Estado se abstengan de ejecutar las acciones dirigidas a la Resolución Administrativa del contrato”.

c. Las respuestas a consultas ¿actos de mero trámite simples, cualificados, o meras opiniones?

La naturaleza de las respuestas a las consultas que se realizan a la Administración ha sido motivo de un amplio debate en la doctrina, tal como lo destacamos en el primer capítulo de esta investigación.

Nuestra jurisprudencia se ha decantado por la objetividad, y ha procedido a inadmitir las demandas que han sido presentadas contra las consultas absueltas por la Administración, sin entrar a analizar las violaciones de derechos subjetivos o intereses legítimos alegadas por los recurrentes.

Un ejemplo de esta postura se puede observar en el Auto de 1 de marzo de 2005, donde la Sala Tercera inadmite, previa revocatoria del auto admisorio, una demanda de plena jurisdicción presentada para que se declare nula por ilegal la Nota N°3918-LEG de 23 de 2004, emitida por el Contralor General de la República. La Procuraduría de la Administración solicitó la revocatoria del auto apelado, en virtud de que la demanda había sido encausada contra una providencia de mero trámite, no acusable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que la nota objeto de la demanda “no constituye un acto decisorio, sino una simple opinión del Contralor General sobre la procedencia del pago solicitado por la empresa...Lo anterior es así, pues el criterio vertido por la Contraloría no se emite como consecuencia de la presentación para el refrendo del acto administrativo emitido por el MOP⁴¹⁸ que reconoce y ordena el pago..., sino que solamente representa un dictamen institucional emitido como consecuencia de una consulta formulada por el MOP”. En consecuencia, la Procuraduría sostuvo que el recurso está dirigido en contra de “una providencia de mero trámite (consulta interadministrativa) que no decide directa o indirectamente el fondo de la controversia, acto que no pone fin a la vía administrativa, de modo que le ponga término o hace imposible su continuación”.

La Sala, en consecuencia, luego de la apelación de la admisión a trámite presentada por la Procuraduría de la Administración, consideró que la nota objeto de la demanda

⁴¹⁸ Ministerio de Obras Públicas.

no es un acto administrativo o firme; por el contrario, es un acto de mero trámite donde el Contralor da respuesta a una consulta formulada por el Ministro de Obras Públicas, la cual no pone fin a la actuación administrativa, sino que forma parte de un procedimiento administrativo iniciado ante el mencionado ministerio.

En otro caso similar, mediante Resolución de 31 de julio de 2009, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia admitió una demanda de nulidad interpuesta para que se declarase nula por ilegal la Nota 201-01-857 de 20 de octubre de 2005, emitida por la Directora General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas. La Procuraduría de la Administración apeló la admisión de la demanda señalando lo siguiente: “Dado que la nota contiene la respuesta a una consulta realizada por el director ejecutivo del Instituto Panameño Autónomo Cooperativo, a la Dirección General de Ingresos, no puede considerarse susceptible de ser impugnada ante la vía contencioso administrativa. Que esto es así, debido a que contraviene lo estipulado por el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1946, que señala que debe tratarse de actos o resoluciones definitivas, o providencias de trámite, si estas últimas deciden directamente o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación”. Aunado a lo anterior señaló que “la consulta no reúne las condiciones de acto administrativo señalado en la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en cuanto a que la consulta no crea, modifica, transmite o extingue relaciones jurídicas. Que en realidad se trata de una consulta para lograr una opinión de la autoridad sobre un tema concreto, según lo estatuye el acápite 24 del artículo 201 de la propia Ley 38 de 2000”.⁴¹⁹

Adicional a lo anterior, la Procuraduría sostuvo en sus alegatos que la nota acusada de ilegal, por ser solo una opinión, no permite que se produzca el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa, ya que la Administración no emitió una decisión

⁴¹⁹ El numeral 24 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, señala expresamente lo siguiente: “24. Consulta. Al igual que la petición y la queja administrativa, forma parte del derecho constitucional de petición y consiste en la pregunta o preguntas que dirige un particular a la autoridad competente, para que esta opine en relación con un asunto que interesa al consultante o a un número plural de personas. La consulta, que ha de hacerse por escrito, de acuerdo con los requisitos establecidos en esta Ley, debe ser resuelta en un lapso de treinta días, mediante nota, oficio o resolución que exprese la opinión o dictamen solicitado”.

susceptible de ser recurrida mediante los recursos administrativos que contempla la Ley para el control de la legalidad administrativa.

Esta última afirmación alimenta aún más el debate, porque para demandar la nulidad de un acto general, a través de un Recurso de Nulidad, como lo señala la Ley, no se requiere agotar la vía administrativa, debido a que se trata de un recurso objetivo que busca determinar si el acto se acomoda o no a la legalidad, y así lo defendió el recurrente en su oposición a la apelación al señalar que dicha apelación se fundamentó en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, la cual se refiere a los recursos de plena jurisdicción y no a los de nulidad, ya que este último se rige por lo dispuesto en el artículo 43a de dicha norma, que solamente exige que el acto administrativo se individualice con toda precisión. En este caso se hizo así y el objeto del recurso es que se reconozca que las asociaciones cooperativas que por ley no tienen fines de lucro no paguen el Impuesto de Transferencia de Bienes Inmuebles (ITBI) como lo exige la Dirección General de Ingresos, interpretando ilegal y subjetivamente la ley pertinente. Adicionalmente sostuvo el recurrente que “El acto Administrativo demandado tiene carácter general emitido por una entidad con facultades suficientes para decidir sobre la materia de cobro de impuestos nacionales, por lo que solo se pide la declaratoria de ilegalidad; es imprescriptible y, por tanto, no es necesario agotar la vía administrativa, característica esta que lo hace susceptible de demandarse bajo la acción de nulidad, y, por tanto, debe confirmarse la providencia que admitió la demanda”.

La Sala, al analizar los diferentes argumentos concluyó que la nota objeto de la controversia “dista de ser un acto o resolución definitiva, o que sin ser definitiva, ponga fin a un asunto de fondo, ya que no crea o modifica derechos”, y que cuando nos referimos a una consulta, “debemos entender que se trata de la manifestación de una opinión, que si bien puede orientar la actividad de la autoridad, no contiene un mandato o decisión. Serían en todo caso, los futuros actos administrativos guiados por esta consulta, los que dentro de las condiciones establecidas por la Ley, pudiesen ser recurridos ante la vía gubernativa, y hasta la vía contencioso administrativa, si a eso hubiere lugar”.

De lo debatido en este Auto, se pueden obtener algunas conclusiones importantes para nuestra investigación:

En primer lugar, que en la jurisprudencia de la Sala Tercera, las consultas *per se* no constituyen actos administrativos definitivos, ni de mero trámite o preparatorios, ya que no forman parte de un procedimiento tendiente a la obtención de una decisión final, sino que representan opiniones orientadoras no vinculantes que pueden modificarse eventualmente; sin embargo, los actos que se dicten que contengan la opinión, por ejemplo, en su motivación, sí pueden ser demandados. En consecuencia, para la Sala Tercera, el contenido de la respuesta a una consulta es inadmisiblemente objetivamente, sin entrar a analizar si puede haber con la respuesta una violación a los derechos subjetivos de un particular o se violenta la legalidad objetiva.

En segundo lugar, que la Sala reconoce la existencia de diferentes tipos de consultas, las que se dan dentro de un procedimiento ya iniciado, ya sea ante la propia institución, o ante otro ente de coordinación o de control (consultas interadministrativas), y consultas independientes de un procedimiento. Pareciese que la Sala considera a unas como actos de mero trámite, y las otras como meras opiniones que no llegan a la categoría de actos de mero trámite. Además en los casos analizados hay un elemento común. Las demandas han sido admitidas, y ha sido la Procuraduría de la Administración la que a través de recursos de apelación ha objetado dichas admisiones, y su criterio ha sido adoptado por el resto de los magistrados de la Sala, produciéndose la revisión del criterio original, inadmitiéndose posteriormente, y de forma definitiva la demanda.

En tercer lugar, observamos que la mencionada admisión original a trámite se dio tanto en recursos de plena jurisdicción, como en recursos de nulidad, por lo que la naturaleza de las consultas no queda clara. Si la respuesta afecta un derecho subjetivo podría eventualmente demandarse a través de un recurso de plena jurisdicción, o ¿siempre serán consideradas como parte de la normativa?, al acercarse al “soft law” y por lo tanto deben ser solamente objeto de recursos de nulidad, de carácter objetivo. En el próximo apartado analizamos el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia a la naturaleza de estos recursos y los problemas de

interpretación que ha generado nuestra anacrónica legislación de lo contencioso administrativo.

Podría decirse entonces, para concluir este apartado, que indistintamente de la naturaleza de las consultas, al haber sido originalmente admitidas las demandas contra las mismas, el sustanciador consideró que existían elementos dentro de la contestación formal u opinión emitida que podrían vulnerar derechos subjetivos o la legalidad objetiva, y que merecían un debate de fondo, a pesar de que luego el resto de la Sala haya determinado lo contrario, por lo que eventualmente podría generarse un cambio en la jurisprudencia en relación con la admisión de demandas contra respuestas a consultas.

C. Recursos de nulidad vs plena jurisdicción y tutela judicial efectiva. La naturaleza del acto o disposición administrativa

De acuerdo con **Morgan Jr.**, autor de una obra dedicada al estudio de los recursos contencioso administrativos de nulidad y plena jurisdicción en el derecho panameño, y que por muchos años representó una de las pocas publicaciones que contenía un análisis profundo sobre el tema,⁴²⁰ lo que la convirtió en doctrina de consulta obligada, la distinción entre los recursos de nulidad y de plena jurisdicción radica de un lado, en la distinta naturaleza de los actos impugnables por dichos recursos, y por otro, en la situación jurídica en que se encuentre la parte recurrente.⁴²¹

En este sentido señala, que una de las características más relevantes del recurso de nulidad en la legislación panameña es su carácter objetivo, mientras que el recurso de plena jurisdicción tiene un carácter subjetivo. Y es subjetivo, sostiene, citando a **Garrido Falla**, porque “solo podrá ser iniciado cuando el demandante acredite un

⁴²⁰ La primera edición de la obra de Eduardo Morgan Jr., fue publicada en 1961, y la segunda edición en 1982, luego de la promulgación de la Constitución de 1978. A partir del año 2000 empezaron a publicarse otras obras relacionadas con el contencioso administrativo.

⁴²¹ **Morgan Jr.**, Eduardo. Los Recursos Contencioso Administrativos de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño. Editorial Talleres Gráficos, 1982, p. 130 y ss. Con relación a la posición jurídica en que se encuentre el recurrente, señala “que el recurso contencioso de anulación se puede asimilar, en la esfera de la legalidad, al recurso de inconstitucionalidad, en la esfera del derecho constitucional: es decir, que ambas son instituciones de garantía para obligar al Estado en general y a la administración en particular, a circunscribir sus actuaciones al marco de la Constitución el uno, y de la legalidad, el otro”.

derecho subjetivo lesionado, o al menos un interés directo agraviado por el acto administrativo que constituye el objeto de la impugnación”, mientras que el recurso de nulidad es objetivo, porque no se requiere demostrar tal situación para ejercitarlo.⁴²²

En cuanto a su naturaleza, en su obra, que cabe recordar, data de 1982, **Morgan Jr.** señala que entre los pocos países que a esta fecha contaban con un verdadero recurso objetivo de nulidad o anulación están Panamá y Colombia. Panamá por ejemplo, en su Constitución, permite el ejercicio de la Acción Popular ante la Sala Tercera de Justicia, a “cualquier persona natural o jurídica, domiciliada en el país, en todo caso en que un servidor o autoridad pública contravenga una norma legal”.

Heriberto Araúz, en su trabajo sobre “La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá”, publicado muchos años después, en el año 2004, en cuanto a la finalidad del contencioso administrativo de nulidad, señala que generalmente se presenta contra actos administrativos de carácter general, no obstante, según la jurisprudencia de la Sala Tercera también puede presentarse contra actos de carácter individual, cuando no se persiga la reparación subjetiva de un derecho, sino la defensa objetiva del ordenamiento jurídico, y para defender este argumento cita dos sentencias del año 2000⁴²³, no obstante como veremos más adelante, la

⁴²² **Garrido Falla**, Fernando, El recurso subjetivo de anulación, Revista de Administración Pública, 1952, p. 178. Citado por **Morgan Jr.**, Op cit. p.133-134.

⁴²³ Este autor es del criterio de que la demanda de nulidad tiene como propósito solicitar al ente competente, en Panamá, a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, la anulación de un acto administrativo de carácter general, impersonal y que por lo general no afecta derechos personales o individuales, por lo que con esta demanda no se persigue o busca satisfacer un interés subjetivo o la reparación alguna de un derecho lesionado. Con ella se busca que la Sala anule un acto administrativo, no porque afecte a alguien en particular sino porque viola el ordenamiento jurídico; sin embargo, sostiene que lo que realmente determina o distingue a un proceso contencioso administrativo del otro es lo que se pide o la pretensión ejercida. La pretensión es lo fundamental. Es del criterio de que puede presentarse una demanda de nulidad contra un acto administrativo de carácter individual o personal si lo que se pide es su anulación por considerarlo violatorio de normas legales o reglamentarias y no la reparación o restablecimiento del derecho personal afectado. El autor cita, respecto a la importancia de la pretensión cuando se trata de actos individuales, una sentencia de la Sala Tercera de 30 de noviembre de 2000: “Ciertamente existe en este caso un interés de los herederos del señor Cedeño Cárdenas, de invalidar el acto administrativo que adjudicó la parcela de terreno en disputa, a la señora De León. Sin embargo la intención plasmada en la demanda se circunscribe a obtener la ilegalidad de la adjudicación, por considerarse violatoria de un número plural de disposiciones de reforma agraria y de derechos sucesorios. En beneficio de Eulogia Cedeño Bravo, no se ha solicitado el restablecimiento de derechos particulares o subjetivos, pues en ningún momento se ha petitionado que a la prenombrada, o a los herederos del fallecido señor Ramón

jurisprudencia sobre esta materia no ha sido consistente, a pesar de que sobre la base de la doctrina de la tutela judicial efectiva se han tratado de establecer criterios que permitan distinguir con mayor claridad cuándo se puede ejercer uno u otro recurso, lo que fortalece el debate sobre la necesidad de reforma del sistema para que haya mucha más seguridad jurídica sobre el acceso al contencioso administrativo, el cual no necesariamente tiene que basarse en la existencia de un acto administrativo expreso o presunto y en un sistema de recursos que giren en torno a la naturaleza del acto o disposición administrativa.

Molino Mola, por su parte, al estudiar los recursos administrativos que caben contra los “actos condición”, realiza un análisis de la naturaleza de los recursos de nulidad y plena jurisdicción, fundamentalmente, respecto a si es posible demandar actos administrativos de carácter individual a través de recursos de nulidad, reconociendo que al respecto, en nuestra jurisprudencia hay zonas grises y diferentes tesis.⁴²⁴

Antes de analizar la jurisprudencia panameña sobre las diferentes “tesis” a las que se refiere **Molino Mola**, es necesario estudiar con detenimiento, los artículos 42, 42-A y 42-B de la Ley 135 de 1943, los cuales hacen la debida diferenciación entre el acceso al contencioso administrativo a través de un recurso de plena jurisdicción y de un recurso de nulidad, como puede apreciarse gráficamente en el siguiente cuadro comparativo:

Artículo 42	Artículo 42-A	Artículo 42-B
Para ocurrir en demanda ante el Tribunal de los Contencioso-administrativo	La acción de nulidad contra un acto administrativo puede ejercerse en	La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos

Cedeño Cárdenas, se le adjudique el globo de terreno en cuestión”. **Araúz**, Heriberto. Curso de Derecho Procesal Administrativo. Editorial Universal Books, Panamá, 2004, p. 123,124.

⁴²⁴ “Se ha dicho durante mucho tiempo, que si el acto es general, lo que procede es el recurso contencioso administrativo de nulidad, y que sí el acto es individual, lo que procede es el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción. La jurisprudencia panameña ha sostenido esta posición casi invariablemente y en muy pocos casos ha sostenido la otra tesis, hoy aceptada en otras legislaciones, de que lo que determina la acción a presentarse no es la naturaleza del acto, sino la naturaleza de la pretensión. Si lo que se pretende es la nulidad de una norma sin pretender ningún derecho, lo que corresponde es la acción de nulidad no importa que se trate de un acto individual, si no se reclama la restitución de un derecho. Por tanto, esta posición admite la acción de nulidad contra los actos individuales cuando no se reclaman derechos y solo se persigue la nulidad de una norma general. **Molino Mola**, Edgardo. Op cit. p.285.

es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38,39 y 41, o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.	cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar en vigor.	subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda.
---	--	---

Como se puede observar, el artículo 42 contiene la regla general para acceder al contencioso administrativo; sin embargo, al señalar que será necesario que se haya agotado la vía gubernativa, y al referirse a “actos administrativos y resoluciones”, o de “providencias de mero trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto” se infiere que la norma fue pensada fundamentalmente para las demandas de plena jurisdicción y la defensa de los intereses subjetivos contra la arbitrariedad de la Administración como la regla general, lo cual excluiría las disposiciones administrativas de carácter objetivo dictadas por la Administración de toda posibilidad de ser recurridas a través de un recurso de plena jurisdicción; sin embargo, en la práctica vemos cómo se confunden los actos administrativos propiamente tales con las disposiciones administrativas.

La confusión tiene su origen en los artículos 42-A y 42-B, debido a que no se hace una diferenciación entre actos administrativos y disposiciones administrativas, se habla de nulidad de los actos en uno, y en el otro se habla de la reparación de los derechos subjetivos, por lo que le ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia ir haciendo las respectivas interpretaciones, las cuales, como veremos más adelante, no han sido muy uniformes, lo que no es positivo, debido a que quienes buscan el auxilio de la justicia administrativa necesitan claridad sobre cuando se está frente a actos administrativos generales y qué recursos puede presentarse en contra de los mismos, o sobre la posibilidad o no de presentar una acción de nulidad (recurso objetivo) por ejemplo, en contra de un acto administrativo

individual, o de interponer un recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción contra una disposición administrativa general de carácter normativo.

De hecho, **Morgan Jr.** considera que de las normas contenidas en la Constitución, en la Ley 135 de 1943, y en el Código Judicial, se desprende que tanto el recurso de nulidad como el de plena jurisdicción tienen como punto de partida un acto administrativo, pero a través del recurso de nulidad se persigue la anulación de un acto administrativo de carácter general, impersonal, objetivo, violatorio del orden jurídico, mientras que con el recurso de plena jurisdicción se pretende el restablecimiento de un derecho subjetivo vulnerado por un acto administrativo individual, particular, y subjetivo.

Este autor a su vez se hace una pregunta que es fundamental para entender nuestra normativa sobre acceso al contencioso administrativo: ¿cuándo un acto administrativo es de carácter general, impersonal, objetivo y cuándo es de carácter individual, particular, y subjetivo? A partir de este cuestionamiento, hace un análisis profundo sobre la naturaleza de los actos administrativos y los recursos procedentes en los diferentes casos, tomando en cuenta la doctrina de la época y la jurisprudencia existente hasta el momento. Dicho análisis parte señalando que la Constitución de 1972 en su artículo 188 (Actual 206), expresa que la jurisdicción contencioso administrativa se ejerce “sobre los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan...los funcionarios o autoridades...” y que el ordinal 1° del artículo 27 de la Ley 47 de 1956 (actual numeral 1, del artículo 98 del Código Judicial) establece que serán de conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo: “todos los decretos órdenes, resoluciones o **cualesquier actos, sean generales o individuales**, en materia administrativa, que se acusen de ilegalidad.” (Lo resaltado es nuestro).

En consecuencia señala, que en resumidas cuentas aquellos no son más que modos de manifestación de la voluntad de la Administración y pueden ser llamados indistintamente “actos administrativos”, y que en nuestro derecho positivo el constituyente al referirse a “actos, resoluciones, etc.”, de la Administración, quiso dejar claro que todas las actuaciones administrativas estaban sujetas al control

jurisdiccional. Para sustentar lo anterior, este autor, sobre la base de la clasificación de los actos jurídicos de Jéze, desarrolla la justificación que permite a su vez clasificar a las leyes y normas como actos legislativos, y en consecuencia actos jurídicos con características particulares.⁴²⁵ Siguiendo a Jéze, indica que las situaciones jurídicas que dan vida a un acto jurídico, pueden ser generales y particulares, y en función de contenido los actos jurídicos pueden ser: 1. Actos creadores de una situación jurídica general; 2. Actos creadores de una situación jurídica individual; 3. Actos que confieren a un individuo una situación jurídica general, un estatus; y 4. Actos que hacen constar una situación jurídica general, una situación jurídica individual o un hecho.

Morgan Jr. al relacionar estas categorías con el derecho panameño (de las cuales toma en cuenta solo las tres primeras), señala que los actos creadores de una situación jurídica general están representados por los actos legislativos y reglamentarios, mientras que los actos creadores de una situación jurídica individual están constituidos por las manifestaciones de voluntad que se reconocen por su contenido jurídico, por los efectos jurídicos que produce dicha manifestación, sin consideración a la calidad de su autor, ni a las formas seguidas para la realización del acto, y cita que pueden consistir en manifestaciones unilaterales de voluntad (por ejemplo: la condena consistente en una multa), o en manifestaciones bilaterales de voluntad⁴²⁶ (contratos; por ejemplo: compraventa, préstamo). Con relación a la tercera categoría, considera que los actos que confieren a un individuo una situación jurídica general, un estatus, están representados en Panamá por los “actos condición”, los cuales pueden ser demandados a través de una demanda de nulidad, y en casos excepcionales a través de ambas⁴²⁷ (nulidad y plena jurisdicción).

⁴²⁵ De acuerdo con Jéze, los “actos jurídicos son manifestaciones de voluntad de individuos, gobernantes, agentes públicos, simples particulares, en el ejercicio de un poder legal y con el objeto de producir un efecto jurídico de derecho. Este efecto consiste en crear una situación jurídica, investir a un individuo de dicha situación o hacer constar una situación jurídica preexistente”. Cit. por Morgan Jr., Op cit. p. 151.

⁴²⁶ La definición de acto administrativo contenida en la Ley 38 de 2000 señala que acto administrativo es: “Toda declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público...”. Como se puede observar, dentro de la definición se incluyen los acuerdos de voluntad como actos administrativos, a pesar de que la doctrina más generalizada tiende a diferenciar entre actos administrativos y contratos administrativos estableciendo la necesidad de que ambos tengan tratamientos legales bien diferenciados.

⁴²⁷ Oscar Crespo vs. Caja de Seguro Social, fallo de 8 de noviembre de 1960, Sala de lo Contencioso-Administrativo. De acuerdo con Morgan Jr., se puede dar la situación de que “el Órgano Ejecutivo o

Señala el autor que los actos condición son muy numerosos; todos los que tienen la virtualidad de colocar a una persona en una situación jurídica impersonal, como por ejemplo, el nombramiento de un funcionario, así como los que condicionan el ejercicio de un poder legal, por ejemplo, los requisitos para la celebración de los contratos administrativos que señala el Código Fiscal, son actos condición. El autor señala que el acto condición se asemeja al acto creador de situación jurídica individual, por lo que es importante establecer claramente las diferencias por las distintas consecuencias jurídicas que generan unos y otros.

En relación con la evolución que ha tenido la diferencia entre los recursos de plena jurisdicción y los recursos de nulidad, el principio de la tutela judicial efectiva ha generado cambios en los criterios tradicionales.

Concordamos parcialmente con **Morgan Jr.**, y reconocemos el esfuerzo que representa buscar en la doctrina las justificaciones que llevaron al constituyente y al legislador a generalizar cuando se hablaba de actos administrativos, y a incluir las normas que dicta la Administración (reglamentos y demás) como actos administrativos generales, sin embargo, consideramos que existe una clara diferenciación entre actos administrativos y disposiciones administrativas (reglamentos), aunque reconocemos la línea gris que hay entre algunos actos administrativos de carácter general y las disposiciones administrativas, tal como ha sido reconocido por la doctrina.

el mismo Departamento de Salud Pública dictaran una disposición en la que se dispusiera, violando el Código Sanitario, que a todos los médicos que estuvieran en tal o cual situación se le revocara su licencia y, luego se dictaran actos revocándoselas particularmente a los afectados. En tal hipótesis, cualquier persona podría interponer un recurso de nulidad contra el acto de carácter general y el fallo del tribunal, anulándolo, traería como consecuencia lógica la desaparición de los efectos de los actos particulares. Más aun, cualquiera de los afectados por los actos particulares podría ejercitar en una misma demanda los dos recursos; el de nulidad, contra el acto general, y el de plena jurisdicción, contra el acto que lo afecta directamente y que viola sus derechos subjetivos. En un caso reciente ventilado por la Corte, y que pasamos a detallar se dieron estos supuestos: La Caja de Seguro social dictó una resolución de carácter general en que dispuso que a los jubilados que estuvieran trabajando con el Estado se les suspendiera la jubilación. El fundamento jurídico de la misma fue una interpretación de un artículo de la Ley que reglamenta el Seguro. Luego dictó actos individualizados aplicando la resolución, particularmente, a los que se encontraban en esa situación. Uno de ellos demandó la nulidad de la resolución de carácter general y también la que le afectaba directamente. El Procurador Auxiliar (hoy Procurador de la Administración) pidió que se rechazara la demanda por considerar que no se podían acumular los dos recursos, pero la Corte, con toda razón, negó su solicitud. Luego, al fallar, anuló la resolución de carácter general y la de carácter particular, condenando además, a la Caja a pagar al demandante las pensiones dejadas de percibir.”. Morgan jr. Op cit. p.162-164.

Por otro lado, la Ley 38 de 2000, al definir el acto administrativo y destacar la diferencia entre estos y las disposiciones administrativas, debió generar un cambio en la legislación de acceso al contencioso administrativo, no obstante esta modificación hasta la fecha no se ha dado, por lo que esta situación seguirá alimentando la confusión que se observa regularmente en los autos y sentencias. Creemos que es importante que haya más amplitud en el acceso al contencioso, pero es igual de importante que haya criterios claros y uniformes al momento de invocar el principio de la tutela judicial efectiva para interpretar el concepto de acto administrativo y establecer excepciones a la doctrina generalizada, por ejemplo al permitir demandas de nulidad frente a actos administrativos individuales, mientras se da una reforma que modifique el sistema de acceso y le otorgue mayor coherencia al mismo.

Como ya hemos mencionado, se han dictado autos y sentencias que han reconocido la posibilidad de demandar actos de carácter individual a través de un recurso objetivo de nulidad, y más adelante veremos incluso que la jurisprudencia ha admitido recursos de plena jurisdicción contra actos generales, no obstante, la casuística que se observa en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia permite que categoricemos los criterios de la Sala Tercera fundamentalmente a partir del año 2000, no sin antes analizar cuáles han sido los criterios jurisprudenciales sostenidos para diferenciar las demandas de nulidad de las demandas de plena jurisdicción, y las variaciones que han sufrido los mismos.

En Auto de 22 marzo de 2010,⁴²⁸ se cita un fallo de 12 de enero de 2000, que reitera la diferencia entre los procesos de nulidad y de plena jurisdicción. Lo que la Sala ha reiterado en diferentes ocasiones es lo siguiente:

"...Dentro de este contexto es preciso destacar que, en principio la acción pública o de nulidad se refiere al interés

⁴²⁸ Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción incoada por el licenciado Jimi Portugal en representación de Fernando Jiménez, para que se declare nulo por ilegal, el acto administrativo mediante el cual se adjudica a título oneroso una parcela de terreno en el distrito de Soná, provincia de Veraguas emitido por el Programa Nacional de Administración de Tierras (PRONAT).

público o social de la conservación del orden público y en la privada o de plena jurisdicción, hace relación al particular sujeto del derecho lesionado, como es el presente caso. Asimismo, por sus consecuencias, estas acciones se diferencian, en que la nulidad declarada en acción objetiva o pública, por la naturaleza impersonal del acto acusado, produce efectos "erga omnes", como se ha dicho, liquida jurídicamente el acto. Mientras que la nulidad que surge en la de plena jurisdicción o privada, no solo destruye el acto demandado, sino que ordena el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado. He aquí la diferencia...." (Fallo de 12 de enero de 2000)

El criterio anterior se puede observar en reiterados autos y sentencias de la Sala Tercera,⁴²⁹ la cual frente a la equivocación en la presentación de los recursos no ha dudado en inadmitirlos, no sin antes aprovechar para dejar clara la posición de la Sala⁴³⁰:

"Reiterativa ha sido la jurisprudencia en indicar que la acción de nulidad está para la defensa del orden legal objetivo, en la gran mayoría de los casos, salvo contadas

⁴²⁹ Por ejemplo, en el Auto de 31 de agosto de 2009 (Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el licenciado Luis Ramón Fábrega, actuando en su propio nombre y representación, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°283 del 16 de mayo de 2008, emitida por la ministra de Salud) el Pleno de la Sala reiteró la inadmisión del recurso de nulidad interpuesto señalando que: "Quienes suscriben, advierten que la parte demandante ha denominado la presente demanda *"contencioso administrativa de nulidad"*, cuando del contenido del escrito se colige que, el acto cuya ilegalidad se solicita posee un carácter particular o individual, elemento característico de la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción". En este auto se reitera el contenido del Auto de 12 de enero de 2000, y se citan otros Autos que contienen decisiones similares destacando la diferencia entre ambos recursos sobre la base de lo señalado en el citado Auto de 2000 (Auto de 21 de enero de 2002, 29 de octubre de 2004 y 23 de julio de 2007).

⁴³⁰ Auto de 12 de febrero de 2010 (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Manuel Bermúdez en representación de Aura Gilda Mora Rosas, para que se declare nulo por ilegal, el Decreto Ejecutivo N°444 del 5 de octubre de 2009, emitida por la ministra de Educación y el acto confirmatorio).

excepciones, porque cuando se atacan actos condición, se puede dar el supuesto de que directamente se estén protegiendo derechos subjetivos.

Es útil y pertinente, citar lo dicho por este Tribunal en Auto de 25 de septiembre de 2006, bajo la ponencia del Magistrado Víctor Leonel Benavides:

“Aunado a lo anterior, la parte actora interpone esta demanda como acción de nulidad. En este caso lo procedente era interponer demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, toda vez que se trata de una situación concreta en donde se ven lesionados derechos subjetivos o particulares, por lo cual la vía utilizada por la parte actora no es la correcta. Esta Sala ha manifestado en numerosas ocasiones que las demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción y de nulidad tienen diferencias tanto en los requisitos exigidos para su presentación, como en los efectos que las mismas producen; sobre el punto, establece el jurista Edgardo Molina Mola:

“El objeto del recurso de ilegalidad es la protección del orden legal mientras que en la acción de plena jurisdicción el objeto del recurso es la protección de derechos subjetivos”. (MOLINO MOLA, Edgardo. Legislación Contencioso Administrativa actualizada y comentada. Ediciones Universal Books. 2002). Bajo este contexto, es preciso destacar que, la acción de plena jurisdicción se

propone contra actos administrativos individuales, personales, que afecten derechos subjetivos y la acción de nulidad se propone contra actos generales’.

Sin embargo, este criterio tiene matices dependiendo de casos particulares. A través de Auto de 12 de marzo de 2010, La Sala Tercera inadmitió una Demanda de Nulidad interpuesta contra una resolución emitida por la Superintendencia de Bancos, debido a que la solicitud de impugnación recayó sobre una resolución que afecta los derechos subjetivos del propio demandante, “razón por la cual no es posible darle curso legal a la misma, dado que la demanda de nulidad encausada, no recae sobre un acto administrativo general”. Fundamenta su conclusión el Auto, en que “La acción contenciosa administrativa de nulidad, también conocida como acción pública, permite que cualquier persona, pueda impugnar una resolución, justamente, porque sus efectos son de carácter general, erga omnes. En consecuencia, tal demandante, estaría procurando proteger dicha legalidad desde un punto de vista objetivo, en vías de preservar el orden jurídico abstracto”.

Esta decisión contiene ambigüedades. Por una parte pareciera desprenderse de la misma una lección objetiva: No se pueden demandar a través de una demanda de nulidad, actos administrativos de carácter individual, solo los que tengan un contenido general, impersonal y objetivo; sin embargo, el argumento más fuerte pareciera desprenderse de la frase que indica que “la solicitud de impugnación recae sobre una resolución que afecta los derechos subjetivos del propio demandante”.

Respaldando el criterio anterior, en materia de contratación pública, el Auto de 5 de octubre de 1997 destaca que la existencia de un interés subjetivo, aunque no se solicite la restitución del derecho particular violado es suficiente para que se inadmita la demanda de nulidad. En este caso, la Sala, además de considerar que los actos demandados no tienen contenido general, destaca el hecho de que el demandante haya participado en la licitación cuya nulidad se solicita, lo cual lo inhabilita para

demandar a través de un recurso de nulidad los actos que sirvieron de base a dicha licitación.⁴³¹

En un Auto de 24 de octubre de 2006, la Sala Tercera desarrolla otra de las “tesis” a las que se refería **Molino Mola**, sobre la naturaleza del contencioso administrativo de nulidad frente a la naturaleza del acto administrativo objeto de la demanda. En este Auto, la Sala explica la diferencia entre actos administrativos generales y actos administrativos individuales, destacando que solamente aquellos, cuando van dirigidos hacia la colectividad, son susceptibles de un recurso de nulidad.⁴³² En este

⁴³¹ “Al resolver sobre la admisibilidad de la demanda, la magistrada sustanciadora estima que la misma no debe admitirse, porque la parte actora ha interpuesto una demanda contencioso administrativa de nulidad contra un acto que lesiona derechos subjetivos, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto acusado, y la suspensión de la preparación del contrato que suscribiera el Estado y una de las empresas que participó en la licitación cuya nulidad se pide. Los resueltos N° I 394 de 21 de abril de 1997 y N° I 477 de 6 de mayo de 1997, dictados por el Ministerio de Educación y la Resolución de Gabinete N° I 166 de 24 de julio de 1997 dictada por el Consejo de Gabinete, **no son actos administrativos de carácter general porque afectan los derechos de quienes participaron en el citado acto administrativo**. Por tanto, son impugnables mediante una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, dentro de la cual, contrario a lo que sucede en la de nulidad, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia está facultada, no solo para declarar nulos los actos acusados si fuera procedente, sino para restablecer los derechos subjetivos violados, si los hubiere.” (Lo resaltado es nuestro).

⁴³² “En ese sentido observamos, que si bien el demandante manifiesta que los actos de la administración que se estimen violatorios del orden legal pueden ser atacados por vía de la acción contencioso administrativa de nulidad, con el fin de proteger el ordenamiento jurídico, en el negocio sub-júdice se presenta la particular circunstancia de que el acto administrativo demandado no es un acto de alcance general, sino que se trata de una actuación administrativa que afecta los derechos subjetivos de los cuatro fiscales superiores de distrito judicial cuyas convocatorias a vacante, procesos de concurso y adjudicación del estatus de servidores de carrera de Instrucción Judicial, fueron anuladas. En tales circunstancias, la determinación del tipo de acción contencioso administrativa a presentar, no solo depende de la declarada pretensión del accionante, sino también, del tipo de acto administrativo recurrido, cuyos efectos en este caso, innegablemente están dirigidos hacia los cuatro afectados, y no, hacia la colectividad en general. Lo anterior se hace más evidente, cuando se aprecia que el acto acusado claramente le otorgaba a los afectados la posibilidad de utilizar en su contra el recurso de reconsideración, y dicho acto le fue personalmente notificado a los cuatro fiscales superiores destinatarios de la acción administrativa. Es por ello por lo que la vía procesal idónea que tenía la licenciada BARRERA para atacar el acto acusado, era la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, misma que le permite, no solo alcanzar un pronunciamiento general de ilegalidad, sino también reparar los efectos del acto atacado, devolviéndole el estatus que tenía antes de la expedición de la Resolución No. 21 de 1º de marzo de 2005. Importa recalcar, que aun cuando el procurador judicial de la licenciada BARRERA manifieste carecer de interés en dicha reparación, tal argumento contrasta con el contenido del libelo, en que se subraya la condición de estabilidad, como funcionaria de la carrera de Instrucción Judicial, de que gozaba la licenciada ARGENTINA BARRERA al momento de dictarse el acto acusado. Así, el actor reitera que la Fiscal ARGENTINA BARRERA gozaba de estabilidad en su cargo, por haberse dictado en su favor, actos de naturaleza individual, investidos de presunción de legalidad, que le otorgaron el estatus de funcionaria de la carrera de Instrucción Judicial. Con vista a todo lo anterior, el resto de la Sala se ve precisado a considerar que la demanda de nulidad no podía ser admitida, siendo que el acto impugnado afecta los derechos subjetivos e individuales de la demandante, por lo que procede la revocatoria de la providencia de admisión de la demanda.” Auto inadmisorio de la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por la firma Vargas, Franco, Power Island &

caso, la Sala fue clara al indicar que la resolución perjudica a un grupo de personas identificables, por lo que no cabe la acción de nulidad, independientemente de que no haya sido solicitada de manera directa la restitución del derecho particular violado.

En sentido similar, a través de Auto de 9 de agosto de 2006, la Sala Tercera inadmitió una demanda contencioso administrativa de nulidad para que se declarara nula por ilegal una nota emitida por el director de una escuela oficial, a través de la cual les comunicaba a los profesores que dictan clases al grupo VI L de Ciencias, la reincorporación de un estudiante y la autorización para que realice los exámenes del tercer bimestre y que finalice el año con dichos bimestres.

La nota fue demandada por los coordinadores de la Comisión de Disciplina y la Subdirectora del colegio, quienes habían impuesto la sanción y pretendían que se declare la nulidad de la actuación del Director del colegio de reintegrar al estudiante, en razón de que en su opinión, esta actuación se adoptó en violación a normas legales, pues la anterior administración del centro escolar había ordenado la expulsión del estudiante en base a disposiciones reglamentarias estatuidas para los colegios oficiales y particulares.

El magistrado sustanciador al examinar la demanda indicó que los actos de alcance general, abstracto o de naturaleza impersonal, son los que normalmente pueden impugnarse por medio de la acción contencioso administrativa de nulidad, y que en este caso la demanda de nulidad se interpone contra lo que los demandantes califican como un “acto condición”. Sostuvo el sustanciador, que esta clase de actos ha señalado la Sala “confieren un estatus legal al funcionario que le permite ejercer una actividad que repercute sobre la colectividad, pero además de ello se ha configurado con un supuesto ajuste a las normas legales, por lo que, si el servidor público nombrado no cumple ni reúne los requisitos

Asociados, en representación de Argentina Barrera Flores, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°21 de 1° de marzo de 2005, emitida por la Procuradora General de la Nación. Véase también Auto de 13 de junio de 2011 (Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad Interpuesta por el Licenciado Carlos Ayala, en representación de Nicolás Picado, Raquel Saldaña de Atencio y Otros, para que se declare nula por ilegal, la Nota N°477-2010 de 17 de junio de 2010, emitida por el Ministerio de la Presidencia).

establecidos para su designación, se está violando el orden legal objetivo, y en tal circunstancia cualquier persona por medio del recurso de nulidad puede impugnar tal nombramiento.(Cfr. Resolución de 13 y 19 de mayo de 1993)”⁴³³

En consecuencia, concluyó la Sala que en el caso bajo estudio “no estamos frente a un acto condición, ni tampoco se trata de un acto con contenido general, cuyo resultado afectará en modo impersonal a toda una colectividad. El acto que por esta vía se impugna es de carácter individual y concreto...”.

De los autos y decisiones analizadas, se desprende que hay diferentes criterios jurisprudenciales uniformes sobre la diferencia entre las acciones de nulidad y plena jurisdicción que se han sostenido en el tiempo:

- Las acciones de nulidad pueden ser interpuestas contra actos administrativos, pero de contenido general, objetivo e impersonal.
- Las acciones de nulidad caben contra los actos condición.
- Las acciones de nulidad no caben contra un acto que afecta los derechos subjetivos del propio demandante, o de un grupo de personas identificable.
- En la acción de plena jurisdicción, el objeto del recurso es la protección de derechos subjetivos y la restitución de derechos particulares vulnerados.

No obstante, a pesar de estos criterios reiterativos, en la jurisprudencia encontramos casos de actos administrativos de contenido individual donde el demandante ha logrado la admisión de recursos de nulidad por parte de la Sala Tercera, la cual se ha amparado para sustentar dichas admisiones, en la doctrina de la tutela judicial efectiva. Para analizar estas excepciones, hemos categorizado temáticamente los distintos casos que encontramos producto de nuestra investigación de más de 10 años de jurisprudencia de dicha Sala:

⁴³³ Este Auto de 9 de agosto de 2006, también se cita otro concepto que maneja la Sala respecto a los actos condición cuando indica que “De igual manera se ha dejado claramente establecido que la demanda de nulidad se interpone contra un acto condición, que de acuerdo con el profesor Manuel María Díez “es una manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, que inviste a una persona de una situación general, impersonal y objetiva, de un estatus legal preexistente o hace regular el ejercicio de un poder legal de una competencia preexistente”. (Citado por Gustavo Penagos en la obra el Acto Administrativo. Tercera Edición. Ediciones Librería del Profesional, 1980. Pág. 294).”

1. Excepciones en casos relacionados con adjudicaciones de tierras por parte de la Dirección Nacional de Reforma Agraria

A través de Auto de 16 de abril de 2008, la Sala Tercera admitió una demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta con el objeto de que se declarase nula por ilegal una resolución emitida en el año de 1985 por la Dirección Nacional de Reforma Agraria del Ministerio de Desarrollo Agropecuario.

La Procuraduría de la Administración apeló la admisión alegando que se está solicitando el reconocimiento de un derecho subjetivo lesionado⁴³⁴. La Sala reconoció que le asistía la razón al Procurador en cuanto a que “la actora debió interponer un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, pues se observa que la intención de la parte demandante es el restablecimiento de su derecho subjetivo lesionado por razón de la supuesta doble titulación sobre la misma finca, originada con la emisión del acto impugnado”.⁴³⁵ No obstante, luego de analizar el procedimiento de adjudicación de tierras estatales a particulares por parte de la Reforma Agraria, el resto de la Sala concluyó que “si bien es cierto, la demandante equivocó la vía contencioso administrativa a accionar, debemos tomar en consideración la naturaleza propia del acto administrativo dictado, ya que la parte actora, no formó parte del procedimiento administrativo de adjudicación; quedando

⁴³⁴ Tal como se desprende del auto, “Mediante Vista No. 190 de 11 de abril de 2007, la Procuraduría de la Administración sustentó recurso de apelación ante el resto de los magistrados que integran la Sala solicitando que se revoque el auto apelado, y en su lugar se declare inadmisibile la presente demanda, en virtud de que la vía contencioso administrativa utilizada por la demandante no ha sido la adecuada, pues su pretensión en el fondo es que a través de la declaratoria de nulidad del acto acusado de ilegal le sea reconocido su derecho subjetivo lesionado con la inscripción en el Registro Público del título de propiedad ...”.

⁴³⁵ De hecho, el Auto reitera la jurisprudencia de la Sala en relación con la diferencia entre ambos recursos: “En atención a lo antes expuesto, consideramos adecuado ilustrar a la parte actora en cuanto a las diferencias existentes entre la acción de plena jurisdicción y la de nulidad, en donde esta última, la de nulidad, se otorga a todas las personas, para que ellas se encuentren en posibilidad de procurar el mantenimiento del orden jurídico objetivo, lesionado por un acto que reputan ilegal. Por tanto, esta acción solo es procedente cuando el demandante invoca la violación de dicho orden, la cual ocurre en el caso de los llamados actos jurídicos impersonales, creadores de situaciones jurídicas generales, que afectan a todos los ciudadanos. Es decir, que la acción de nulidad se ha establecido únicamente para contener la expedición de actos administrativos generales viciados de ilegalidad. Por otro lado, en la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción, el acto está basado en un interés subjetivo o particular y lo que se busca es la reparación de ese derecho subjetivo, individual y concreto. Vemos, pues, que estas acciones se diferencian, en que la nulidad declarada en acción objetiva o pública, por la naturaleza impersonal del acto acusado, produce efectos “erga omnes”, como se ha dicho, liquida jurídicamente el acto. Mientras que la nulidad que surge en la de plena jurisdicción o privada, no solo destruye el acto demandado, sino que ordena el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado.”

de esta manera coartada su posibilidad de accionar los correspondientes recursos en la vía gubernativa. Así las cosas, quienes suscriben advierten que la acción promovida se ajusta a lo que la doctrina denomina 'Tutela Judicial Efectiva'. Considera este Tribunal de Segunda Instancia que es viable conocer de la causa que nos ocupa, pues en caso contrario estaríamos restringiendo el derecho de la parte actora de acceder a este tipo de procesos judiciales".⁴³⁶

2. Excepciones en materia de contratación administrativa

Los contratos administrativos en Panamá no han tenido una categorización estricta ni por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia. La ley 38 de 2000 al definir el acto administrativo, incluye la posibilidad de que los acuerdos de voluntades (sin indicar expresamente los contratos públicos) puedan ser considerados como actos, no obstante, en la jurisprudencia de la Sala Tercera, observamos tanto demandas de plena jurisdicción como de nulidad en contra de contratos públicos, dependiendo de si existe o no un interés subjetivo en la pretensión del demandante. De hecho,

⁴³⁶ En este mismo sentido ver Auto de 15 de septiembre de 2006, citado dentro del auto analizado: "En el negocio subjudice, este Tribunal de alzada advierte que el acto administrativo impugnado afecta derechos meramente subjetivos siendo la vía adecuada para accionar ante esta Sala, en su momento, la acción de plena jurisdicción, que tal como lo establece la ley contencioso-administrativa prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda. No obstante lo anterior, esta Corporación no puede soslayar que debido a la naturaleza propia del acto dictado por la Administración así como el cariz social de los actores de la presente controversia, la difunta señora SIXTA CHERIGO, madre del accionante, no formó parte del procedimiento administrativo, por lo que no tuvo conocimiento del mismo,...Tomando como base lo antes expuesto, este Tribunal de Apelaciones, de forma excepcional, considera lo justo el conocer de la acción que nos ocupa, por lo que debe declararse admisible la demanda presentada pues de lo contrario, en el caso de no admitirla, estaríamos limitando la posibilidad del demandante de tener acceso a este tipo de procesos judiciales e impedirle que el mismo sea dilucidado y esclarecido en la etapa procesal correspondiente. En razón de lo detallado, esta Superioridad considera oportuna la ocasión para hacer suyas las juiciosas acotaciones vertidas por el jurista Francisco Chamorro Bernal, en su obra "La Tutela Judicial Efectiva", con relación a la situación antes planteada: "Una vez reconocido el acceso a la Jurisdicción, la siguiente garantía comprendida en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el Órgano Jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de la tutela en general, es un derecho de configuración legal. Cuando las exigencias formales obstaculizan de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho fundamental, o si en el caso concreto esos requisitos han perdido su finalidad o su incumplimiento puede convertirse en una falta subsanable, es cuando la inadmisión puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego. (CHAMORRO BERNAL, Francisco. La Tutela Judicial Efectiva. Editorial Bosch, Barcelona. 1994. Pág. 49)."

autores como **Molino Mola**, han incluido a los contratos administrativos dentro de la categoría de actos condición.⁴³⁷

A continuación vamos a analizar Autos que han admitido demandas que se alejan del criterio sostenido por la Sala sobre la imposibilidad de presentar recursos de nulidad cuando haya un interés subjetivo de por medio, alejado de la defensa de la legalidad objetiva.

Por medio de Auto de 6 de febrero de 2012⁴³⁸, el resto de la Sala Tercera luego de la inadmisión de la demanda por parte del magistrado sustanciador, decide admitir demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta con el objeto de obtener la declaratoria de nulidad de un contrato celebrado entre la Autoridad Aeronáutica Civil (ACC) y una empresa que ofertó a la misma servicios de seguridad aeroportuaria (en este caso, la iluminación de las pistas de aterrizaje). En el sustento de la inadmisión el sustanciador consideró que el demandante incurrió en el error de confundir la demanda de nulidad con la de plena jurisdicción, ya que de las constancias procesales se desprende que “el acto administrativo acusado de ilegal afecta derechos subjetivos de la parte demandante, elemento característico de la acción administrativa de plena jurisdicción, por lo tanto era esta la vía correcta en el presente caso”.

La Sala en su decisión, obvió el aspecto que se había tomado en cuenta para rechazar demandas de nulidad con anterioridad (el interés subjetivo) ya que las empresas que interpusieron la demanda habían participado en el proceso licitatorio, sin embargo, sobre la base de la doctrina de la tutela judicial efectiva, la Sala decide

⁴³⁷ Señala **Molino Mola**, “que la mayor parte de los actos condición son unilaterales, es decir, que basta con la manifestación de voluntad de la administración para su expedición, aunque requieran del consentimiento de los interesados, en muchos casos para su perfeccionamiento. Si a una persona la nombran en un cargo público, el acto no se perfecciona hasta la aceptación del nombrado, ya que si se excusa, le nombramiento no produce ningún efecto. Los contratos administrativos también crean estatus, y son actos condiciones, por lo que los actos condiciones pueden ser unilaterales o bilaterales. En noviembre de 2000, la sala tercera sostuvo: “El contrato administrativo de venta de inmuebles públicos, es un acto condición, ya que la ley establece los requisitos para la celebración del contrato administrativo de venta de inmuebles públicos”. **Molino Mola**, Op cit., p. 282.

⁴³⁸ Auto dictado producto de la “Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad presentada por el licenciado Javier E. Sheffer T. en representación de proyectos y sistemas solares, S.A. (Pass, S.A.) y Herrera Partnership Society, S.A. (HPSSA), para que se declare nulo, por ilegal, el Contrato 076-10 de 1 de noviembre de 2010, celebrado entre la Autoridad de Aeronáutica Civil (ACC) y la empresa Federal Security Services, S.A.”.

apartarse de su criterio en relación con los aspectos de subjetividad que habían valorado en decisiones anteriores al inadmitir demandas de nulidad.⁴³⁹

La Sala consideró en su parte resolutive, que el demandante con su pretensión, solo pretendía la nulidad del acto demandado y no el restablecimiento de derecho subjetivo o particular alguno, ya que el recurrente únicamente alegó que la celebración del contrato vulnera disposiciones de la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo en Panamá, por lo cual adolece de vicios de nulidad. En este sentido reitera su criterio general para diferenciar entre una demanda de nulidad y una acción de plena jurisdicción, lo cual consideramos necesario transcribir su parte medular, por tratarse de una decisión de reciente data:

“Al respecto, queremos señalar que, la Sala se ha pronunciado en un sinnúmero de ocasiones, estableciendo que una distinción de máxima importancia entre la demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción y de nulidad, es que con la primera demanda, aparte de la ilegalidad del acto demandado, se solicita *la reparación de un derecho particular o subjetivo*, a diferencia de la demanda de nulidad, que persigue proteger el ordenamiento jurídico, y en este caso, lo que se busca es precisamente la protección de dicho ordenamiento, ya que el acto atacado es un contrato celebrado entre el Estado a través de la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil y una sociedad anónima, tal como se ha podido constatar en lo manifestado por el demandante en el libelo de su demanda.

⁴³⁹ El resto de la Sala consideró que en vista de que el demandante lo que persigue es el acceso al proceso, al Tribunal le parece relevante citar lo expresado por el jurista Francisco Chamorro Bernal, en su obra "*La Tutela Judicial Efectiva*" en relación con la situación planteada: "Una vez reconocido el acceso a la Jurisdicción, la siguiente garantía comprendida en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el Órgano Jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de la tutela en general, es un derecho de configuración legal. Cuando las exigencias formales obstaculizan de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho fundamental, o si en el caso concreto esos requisitos han perdido su finalidad o su incumplimiento puede convertirse en una falta subsanable, es cuando la inadmisión puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego. (CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La Tutela Judicial Efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 49)".

Cabe precisar, que si bien ambas demandas persiguen la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado, las mismas presentan diferentes características en cuanto a la finalidad que persiguen, las pretensiones, el actor, la intervención de terceros, las facultades del juzgador, la prescripción, la suspensión provisional, el carácter del acto impugnado, la naturaleza y efectos de la sentencia.

Dentro de ese contexto, se advierte que la presente demanda no persigue la reparación de derechos subjetivos, sino que la parte actora cuestiona únicamente la legalidad del acto. En este sentido, solo a través de una acción de nulidad es posible proteger y conservar el imperio de la legalidad, por lo que el resto de los Magistrados coinciden con el criterio del recurrente.”

3. Excepciones en materia de registro de la propiedad intelectual

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo admitió una demanda de nulidad en contra de una Resolución dictada por el Viceministerio de Comercio e Industrias que ordena a la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial continuar con el trámite de registro de una marca en particular.⁴⁴⁰ La Procuraduría de la Administración sustentó su recurso de apelación indicando que la resolución de la Dirección constituye un acto de mero trámite, y según lo indica el artículo 42 de la Ley 135 de 1943 ante la Sala Tercera solamente se pueden recurrir las providencias de trámite si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto⁴⁴¹, circunstancia que evidencia que nos encontramos ante un acto que no es recurrible ante la Sala. La Firma Forense que participó en su calidad de tercero interesado en el proceso, objetó la admisión de la demanda indicando que el trámite de registro se

⁴⁴⁰ Auto de 9 de octubre de 2008, producto de la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por la Firma Watson & Asociados en representación de Ultra Sports Inc., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°24 del 27 de febrero de 2008, emitida por el Viceministro de Comercio e Industrias.

⁴⁴¹ Como se advierte en el Auto, la Procuraduría de la Administración no objetó la admisión a trámite por considerar que no cabía un recurso de nulidad contra la decisión, sino porque se trataba de un acto de mero trámite, lo que invita nuevamente a la reflexión sobre el criterio general que impide demandar actos administrativos individuales a través de recursos de nulidad.

vio abruptamente interrumpido con “la interposición por parte de una persona totalmente ajena y sin interés directo y acreditado de una demanda de nulidad como si el acto atacado se tratase de un acto de aplicación objetiva y general”.

El resto de la Sala coincidió con lo expuesto por el sustanciador al admitir la demanda en razón de que la acción promovida se ajusta a la doctrina de la “Tutela Judicial Efectiva”. La Sala sustentó de manera expresa su decisión señalando que de “forma excepcional, considera justo el conocer de la acción que nos ocupa, por lo que debe declararse admisible la demanda presentada, pues de lo contrario, en caso de no admitirla, estaríamos limitando la posibilidad de los demandantes de tener acceso a este tipo de procesos judiciales e impedirle que el mismo sea dilucidado y esclarecido en la etapa procesal correspondiente”.

4. Excepciones en materia de regulación de servicios públicos

La Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP) tiene entre sus responsabilidades la regulación de los diferentes servicios públicos (agua, alcantarillado, electricidad, radio, televisión, y telecomunicaciones). Esta institución emite regularmente resoluciones de carácter individual y de contenido general, que contienen actos administrativos, cuya naturaleza ha sido objeto de debate en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, debido a que los afectados con algunas de las decisiones contenidas en resoluciones de carácter general emitidas, han considerado que se ha dado la vulneración de un derecho subjetivo, particular, y han solicitado la reparación de dicho derecho por parte de la ASEP, a través de recursos de plena jurisdicción. La Sala, por su parte, ha adoptado distintos criterios para resolver las demandas interpuestas.

Por medio de Auto de 25 de mayo de 2007,⁴⁴² la Sala Tercera inadmitió una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta contra la Resolución AN N°329-Elec de 9 de octubre de 2006, emitida por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y su acto confirmatorio.⁴⁴³ A través de esta Resolución se “Aprueba el Área Representativa, las Empresas Comparadoras y los Parámetros de las Ecuaciones de Eficiencia, para el Periodo de julio 2006 a junio de 2010”.

La Sala consideró que no procedía la admisibilidad del recurso, ya que se utilizó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción para recurrir una resolución que es “la consecuencia de la obligación que tiene la ASEP de acuerdo con el numeral 4 del artículo 20 y el numeral 1 del artículo 98 de la Ley de 1997 que

⁴⁴² Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la Firma Galindo Arias y López en representación de la Empresa de Distribución Metro Oeste, S.A (EDEMET), para que se declare nula por ilegal la Resolución N°329-ELEC del 9 de octubre de 2006, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y el acto confirmatorio”. Véase en este mismo sentido, Auto de 19 de septiembre de 2008 (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Lcdo. Jorge Fábrega Ponce en representación de Telefónica Móviles Panamá, S.A. (TEMPA), para que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN N°1525-TELCO del 13 de marzo de 2008, emitida por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, el Acto Confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones) El Auto en su parte resolutive, luego del análisis de admisibilidad que procede antes de decidir si corresponde la medida cautelar de suspensión del acto solicitada por el demandante, señaló lo siguiente: “Al concluir con la precitada revisión, hemos podido determinar que si bien es cierto, la demanda que nos ocupa *-de manera natural o corriente-* cumple con los requisitos formales que al efecto contiene el artículo 43 de la precitada Ley N°135, no es viable atender petición alguna que la conforme, entre ellas, la Solicitud de Suspensión Provisional del Acto demandado, puesto que, el mismo no consta que hubiere sido dictado en perjuicio propiamente de la sociedad hoy demandante, que de probarse más tarde la ilegalidad de su contenido, pudiere dar lugar a la reparación o restablecimiento de derechos subjetivos que se dijeren lesionados, **muy por el contrario, vemos que la aludida (RESOLUCIÓN AN N°1525-Telco de 13 de marzo de 2008), se plantea de manera genérica, es decir, que además de que con ella "... se aprueba el procedimiento de cargos que aplicarán las concesionarias del Servicio de telefonía Móvil Celular (No.107) y del Servicio de Comunicaciones Personales (No.106)", no hace alusión de manera específica a la sociedad denominada TELEFÓNICA MÓVILES PANAMÁ, S.A.,** que en dado caso pudiere darle lugar en términos generales y legítimamente a recurrirla, previo agotamiento de la vía gubernativa, por vía de Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia”. (Lo resaltado es nuestro).

⁴⁴³ En el Auto se señalan las razones por las cuales el recurso de reconsideración fue negado en la vía administrativa: “Contra la referida Resolución emitida por el Administrador General de la ASEP, la firma mandante de EDEMET interpuso recurso de reconsideración solicitando su revocatoria. Tal recurso fue resuelto por la autoridad a través de la Resolución AN No. 385-Elec de 7 de noviembre de 2006, que rechazó de plano la acción básicamente en consideración, entre otras cosas a que: La norma reglamentaria contenida en la resolución impugnada, por su naturaleza intrínseca, constituye un acto administrativo que tiene carácter general e impersonal, y no se refiere a situaciones jurídicas concretas ni a personas determinadas, toda vez que mediante esta se establecen parte de los parámetros que deben considerarse para la fijación de las tarifas de los clientes (Ingreso Máximo Permitido) a través del cobro de dichas tarifas”.

dispone que dicha autoridad reguladora le corresponde establecer los criterios, metodologías, fórmulas tarifarias separadas para la fijación de tarifas de cada una de las actividades de los servicios públicos de electricidad y establecer topes máximos tarifarios”.

La Sala consideró que no procedía la admisibilidad del recurso, ya que se utilizó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción para recurrir una resolución que es “la consecuencia de la obligación que tiene la ASEP de acuerdo con el número 4 del artículo 20 y el numeral 1 del artículo 98 de la Ley de 1997 que dispone que dicha autoridad reguladora le corresponde establecer los criterios, metodologías, fórmulas tarifarias separadas para la fijación de tarifas de cada una de las actividades de los servicios públicos de electricidad y establecer topes máximos tarifarios”.

La Sala concluyó que “el acto sujeto de impugnación...no constituye un acto susceptible de ser impugnado mediante la demanda ensayada, por cuanto el mismo se trata de un acto general que no representa la afectación de un derecho subjetivo singular. El acto general en nuestro medio es recurrible ante la Sala mediante acción de nulidad; de ese modo lo establece el derecho positivo y ha sido asimilado por la constante doctrina emitida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Como se puede observar en el Auto analizado, se adopta el criterio general y objetivo que ha esgrimido la Sala de forma recurrente para explicar la naturaleza de los recursos de nulidad y plena jurisdicción; no obstante, transcurridos alrededor de tres (3) meses luego de emitido dicho Auto, en una demanda similar, la Sala cambia su criterio, sobre esta misma materia, respecto a la imposibilidad objetiva de que sean admitidos recursos de plena jurisdicción contra actos de carácter general e impersonal. Mediante Auto de 30 de julio de 2007 el magistrado sustanciador inadmitió una demanda de plena jurisdicción interpuesta en contra de la Resolución AN N°365-ELEC de 25 de octubre de 2006 emitida por el administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), sobre la base del siguiente argumento: “En esencia, el A-quo no admitió la demanda tras considerar que esta se propuso contra un acto reglamentario, que no reviste las características

de un acto particular, que afecta singularmente derechos subjetivos; por el contrario, se trata de un acto de carácter general, cuyos efectos importan a la colectividad, siendo impugnabile por vía de una acción contencioso administrativa de nulidad”, lo que representa básicamente las mismas consideraciones que utilizó la Sala para dictar el Auto de 25 de mayo de 2007.

La Resolución AN N°365, para efectos aclaratorios, aprobó “la tasa de rentabilidad para las empresas que prestan el servicio de distribución y comercialización eléctrica en Panamá, la que deberá utilizarse en el cálculo del Ingreso Máximo Permitido correspondiente al periodo de julio de 2006 a junio de 2010”.

Contra el Auto de 30 de julio de 2007, la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual sustentó alegando que, “contrario a lo señalado por el A-quo, el resuelto primero de la Resolución AN No. 365-Elec de 25 de octubre de 2006 estableció expresamente la tasa de rentabilidad aplicable a ELEKTRA⁴⁴⁴ para efectos del cálculo de su ingreso máximo permitido para el período que va desde julio de 2006 al 30 de junio de 2010. Por tanto, dicha resolución constituye un acto administrativo personal e individualizado, que viola claros derechos subjetivos de ELEKTRA, hecho que la legitima para demandar a través de la acción de plena jurisdicción no solo la nulidad del acto, sino también el restablecimiento de sus derechos subjetivos violados”.

El resto de la Sala al analizar los argumentos del apelante se declaró de acuerdo con los mismos en atención que “en la parte resolutive de la Resolución AN N° 365 Elec de 25 de octubre de 2006, ciertamente se individualiza a los destinatarios de este acto, concretamente Elektra Noreste, S.A., la empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., y la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A.´...a quienes se aplica la tasa de rentabilidad allí establecida para efectos del cálculo del ingreso máximo permitido durante el período comprendido entre julio de 2006 a junio de

⁴⁴⁴ El punto primero de la parte resolutive de la Resolución AN N°365-Elec de 25 de octubre de 2006 señala lo siguiente: “**PRIMERO: ESTABLECER** la Tasa de Rentabilidad a aplicar a la empresas de distribución y comercialización eléctrica Elektra Noreste, S.A., la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. y la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A, en diez punto setenta y un por ciento (10.71%), para los efectos del cálculo del Ingreso Máximo Permitido, para el periodo del 1° de julio de 2006 al 30 de junio de 2010”.

2010. **En consecuencia, debido a que los efectos del acto impugnado alcanzan de forma directa a la demandante y que de ello puede derivarse, según lo planteado en la demanda, la afectación de sus derechos subjetivos**, el resto de la Sala conceptúa que la vía procesal ensayada por la demandante fue la adecuada. En consecuencia, procede revocar el auto apelado a fin de darle curso a la demanda”.⁴⁴⁵ (Lo resaltado es nuestro).

Cabe resaltar que en los casos analizados, las dos resoluciones emitidas por la Autoridad de los Servicios Públicos fueron consideradas originalmente por la Sala Tercera como actos reglamentarios de carácter general, sin embargo en la parte resolutive de la Resolución AN 329, a pesar de que se hace referencia a las distribuidoras y otros destinatarios de la Resolución, estos no se identifican expresamente, además de que se señala que sus efectos rigen a partir de su promulgación, mientras que en la parte resolutive de la Resolución AN 365 se individualizan sus destinatarios y se indica que la misma rige a partir de su notificación.

De este cambio de criterio, emitido sobre la base del reconocimiento de los derechos subjetivos del demandante, se puede obtener una conclusión importante para efectos de nuestra investigación: Las resoluciones de carácter general que regulan un sector de una actividad, que contienen una individualización de sus destinatarios, para efecto de la Sala Tercera, pueden ser consideradas actos administrativos de carácter general, demandables a través de un recurso de plena jurisdicción, si además, de su contenido se deduce que puede haber una vulneración de derechos subjetivos particulares de alguno de dichos destinatarios (Tutela judicial efectiva).

⁴⁴⁵ Auto de 7 de noviembre de 2007, (Demanda Contenciosa-Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de Elektra Noreste, S.A. para que se declare Nula la Resolución AN N°365-Elec de 25 de octubre de 2006 emitida por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos).

5. Excepciones en materia de urbanismo y ordenamiento territorial

En Auto de 20 de octubre de 2009,⁴⁴⁶ se debatió la naturaleza jurídica de los cambios de zonificación de bienes inmuebles a objeto de determinar si estamos frente a actos administrativos recurrible a través de un recurso de nulidad dado su carácter impersonal u objetivo, o si es posible en algunas circunstancias que sean demandados a través de una demanda de plena jurisdicción, por existir derechos subjetivos particulares directamente lesionados con dichos cambios.

La Sala, mediante Resolución de 7 de julio de 2009 había decidió no admitir la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta esbozando el siguiente argumento: "Se observa que la recurrente ha utilizado el recurso contencioso administrativo de nulidad, toda vez que en este caso no nos encontramos frente a un acto administrativo general, impersonal y objetivo, sino que la demandante enerva un acto individualizado, personal y que lesiona directamente los derechos particulares de sus representados".

El resto de la Sala constituida en Tribunal de Apelación, no compartió el criterio del sustanciador. De acuerdo con la misma, la resolución apelada no constituye un acto administrativo "individualizado o personal que lesiona derechos subjetivos". Por el contrario, consideró que la actuación impugnada, (Resolución No.360-2008 de 15 de diciembre de 2008, dictada por la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, "Por la cual se Asigna el Código de Zona RM3-C2, a la Finca No. 72590, ubicada en Playa Corona, corregimiento de El Higo, distrito de San Carlos, provincia de Panamá"), constituye un acto general puesto que se está cambiando el Código de Zona RM3-C2 (Residencial de Alta Densidad-Comercial de Alta Intensidad), a la Finca No.72590, "lo que a todas luces constituye un acto que puede afectar a la colectividad, teniendo influencia sobre todo el entorno del inmueble en referencia".

⁴⁴⁶ Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad interpuesta por el Lic. Jaime Luque Pereira en representación de Silvester P. Kool, Mario A. Yearwood, Jim Shahinian y Rubén Luna, para que se declare nula por ilegal, la Resolución N°360-2008 del 15 de diciembre de 2008, emitida por la directora de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda.

En consecuencia, la Sala, no sin antes recordar que la demanda de nulidad tiene como finalidad “la tutela del ordenamiento jurídico, logrando que el acto administrativo demandado quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho”, y que con la demanda presentada lo que se pretende es el restablecimiento del derecho objetivo y no el restablecimiento de un derecho personal afectado, revoca el auto apelado y admite la demanda interpuesta.

Esta decisión de la Sala permite concluir que en los casos de resoluciones que contienen cambios de zonificación de bienes inmuebles, independientemente de la afectación particular del propietario o de los propietarios de los lotes de terreno, al ser un acto que puede afectar a la colectividad, el mismo es considerado como un acto general que puede ser demandado por cualquier particular en defensa de la legalidad objetiva.

La pregunta que cabe hacerse es si también los particulares que consideren que hay un derecho subjetivo vulnerado con la emisión de la resolución que contiene el cambio de zonificación pueden presentar una demanda de plena jurisdicción. Parece desprenderse del auto analizado que sobre la base de la doctrina de tutela judicial efectiva también existe esta posibilidad.

En conclusión, sobre el tema de los recursos de nulidad y plena jurisdicción como instrumentos para el acceso a la justicia contencioso administrativa, hay incertidumbre. En materia de recursos se requieren reglas claras para producir certeza y seguridad jurídica al momento de acceder a la jurisdicción contencioso administrativa. Mientras se reforma el sistema contencioso, se podría tomar en cuenta la “teoría de los móviles y los fines” que estudiamos al analizar el modelo colombiano, la cual ha permitido diferenciar con bastante claridad, sobre la base de las pretensiones, cuándo se puede exigir la restitución de derechos subjetivos vulnerados si se demandan normas de rango legal o reglamentario, y cuándo se pueden interponer acciones de nulidad, sin solicitud de restitución de derechos, frente a actos administrativos de carácter individual.

D. Tutela judicial efectiva y los “otros actos administrativos”

González Botija, en su artículo sobre “Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa” ya mencionado brevemente en el capítulo primero de esta investigación, señala que hay manifestaciones que no son de voluntad, sino de juicio u opinión que no pueden ser calificadas como actos de trámite, debido a que no están necesariamente vinculadas a un procedimiento, donde la Administración, de forma deliberada y a “*motu proprio*”, les manifiesta a los administrados una opinión o un criterio, sobre ciertas cuestiones, que pueden afectar sus intereses o derechos legítimos. Al respecto, indica el autor, que “en ocasiones, las autoridades administrativas se limitan a transmitir una mera información u opinión; sin embargo, en otros casos se llega más lejos, y bajo el rótulo de mera información se esconde una verdadera declaración de voluntad o la anticipación o advertencia de que se va a producir una resolución administrativa en sentido estricto. Los particulares han estimado que esas opiniones informativas, advertencias o requerimientos debían ser anulados. Por ello han tratado de reaccionar frente a esta situación buscando obtener tutela judicial por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa con la esperanza de que los Tribunales de dicho orden considerasen tales actuaciones como verdaderos actos administrativos susceptibles de recurso y de ser anulados.”⁴⁴⁷

En nuestra jurisprudencia se pueden observar algunas de las situaciones citadas por este autor, que han encontrado amparo legal, en nuestro sistema de acceso al contencioso administrativo, a través de la invocación de la doctrina de la tutela judicial efectiva. Es necesario destacar, que a pesar de la atadura normativa a la que está sometido nuestro sistema de acceso, este se ha inclinado por establecer excepciones sobre criterios jurisprudenciales consolidados en materias que tienen que ver con la falta de claridad que existe en ocasiones cuando estamos frente a un acto de mero trámite que impide la continuación del procedimiento o no, con la admisión de una demanda de nulidad, o de plena jurisdicción en situaciones excepcionales apartándose de los criterios jurisprudenciales, tomando en cuenta los derechos subjetivos o intereses legítimos vulnerados, o para flexibilizar requisitos de

⁴⁴⁷ **González Botija**, Fernando. Op cit., p. 224-225.

acceso al contencioso administrativo, lo que representa los escenarios comunes que ha servido a la Sala Tercera para la aplicación de la doctrina de la tutela judicial efectiva.

En el estudio de la jurisprudencia realizado para el objeto de esta investigación, se observan pocos casos de demandas contra situaciones que pueden afectar derechos subjetivos o afectar la legalidad objetiva, que no representen normas, disposiciones administrativas o actos administrativos o de mero trámite u omisiones.

Cuando la Sala ha considerado que lo demandado no constituye un acto administrativo, las situaciones guardan relación, como hemos visto con “meras comunicaciones”, falta de “definitividad del acto”, o simplemente, porque la Sala consideró que lo demandado “no constituye un acto administrativo”.

El Auto de 30 de abril de 1997, dictado como consecuencia de una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, para que se declarase nula por ilegal una nota dictada por el Director General del Instituto Nacional de Cultura (INAC) mediante la cual se negó un ajuste salarial, es muy simbólico. La Sala Tercera originalmente admitió el recurso contra la nota, por medio de la Resolución de 29 de enero de 1997. Esta decisión del sustanciador fue apelada por la Procuraduría de la Administración, la cual sustentó que **“la demanda no debe admitirse porque la nota mediante la cual el director general del INAC niega el reajuste salarial a la recurrente, no contiene un acto administrativo.** Además, si se considera que sí es un acto administrativo, la vía gubernativa no se agotó tal como lo dispone el artículo 42 de la Ley 135 de 1943...”. (Lo resaltado es nuestro).

La Sala no entró en el debate sobre si se trataba o no de un acto administrativo, sino que sobre la base del argumento de la falta de agotamiento de la vía administrativa (a pesar de la admisión del recurso por parte del sustanciador que no lo consideró necesario) decidió inadmitir la demanda, reconociendo indirectamente que si se trataba de un acto administrativo.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ La recurrente sustentó su oposición a la apelación argumentando que, en efecto, estamos frente a un acto administrativo que afecta derechos subjetivos y que no presentó los recursos debido a que en

En el año 2003, se presenta ante la Caja de Seguro Social, demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Nota DNPE-N-066-2003 de 14 de febrero de 2003, emitida por el Director Nacional de Prestaciones de la Caja de Seguro Social, y el acto confirmatorio. A través de esta nota, tal como lo señala el magistrado sustanciador, se le explica al demandante la manera en la que se calculó el monto de la pensión de vejez solicitada y las normas legales aplicadas por la Caja de Seguro Social para llegar a las cifras que arrojó el cálculo. La demanda fue inadmitida porque sobre la base de lo indicado, el sustanciador considero que: **“la nota demandada no constituye un acto administrativo propiamente tal susceptible de ser impugnado ante esta jurisdicción.** En ese sentido, la Ley 38 de 2000 señala que acto administrativo es una "declaración emitida o acuerdo de voluntades celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo" y en el presente caso, el acto administrativo que creó derechos a favor del señor LÓPEZ MARTÍNEZ y que podía, en su momento, ser impugnado ante esta jurisdicción lo era la Resolución N° 13116 de 31 de enero de 1978, corregida por la Resolución N° 14338-78 de 9 de mayo de 1978". (Lo resaltado es nuestro).

El Auto de 16 de enero de 2004, admitió la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta en contra de la Resolución N°130 de 21 de agosto de 2003, dictada por el Director Nacional de Farmacia y Drogas del Ministerio de Salud que negó la denuncia interpuesta por la firma Brin Fábrega & Corbetti, en su propio nombre y representación, contra la empresa Cryogas de Centroamérica, S.A. por la supuesta comercialización de productos sin registro sanitario. Sin embargo, el resto de la Sala luego de la apelación interpuesta por la Procuraduría de la Administración, coincide con su criterio, en el sentido de que el acto demandado no

la resolución que le negó el ajuste le indicaron que no procedía recurso de reconsideración contra la misma en virtud de que ya le habían contestado anteriormente: "La solicitud que por intermedio suyo presenta la profesora de Muñoz, es la continuación de una serie de peticiones que en el mismo sentido ha formulado su representada, las cuales en su momento han recibido una clara respuesta, siendo los dos últimos casos, los que constan en las Notas N° AL/188 de 1° de diciembre de 1995 y en la Nota N° 020/AL de 3 de febrero de 1996, por lo que no es procedente la interposición del recurso de reconsideración ante el mismo funcionario que expidió la Nota impugnada".

constituye un acto administrativo que lesione derechos subjetivos⁴⁴⁹ de la demandante y que como consecuencia, legitime a la firma actora a interponer demanda de plena jurisdicción, por lo que proceden a inadmitir la demanda interpuesta.

En otro caso, la Sala Tercera, a través de Auto de 29 de febrero de 2008, inadmitió una advertencia de ilegalidad⁴⁵⁰ contra una cláusula del acuerdo institucional de terminación de huelga suscrito el 14 de diciembre de 2007, por el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios médicos de la Comisión Médica Negociadora Nacional (COMENENAL). Se declaró la inadmisibilidad de la Advertencia “en virtud de que el acuerdo denunciado no constituye un acto administrativo, sino un entendimiento entre instituciones públicas y agrupaciones gremiales, con el propósito de poner fin a una huelga que se escenificó producto de una solicitud acerca de las mejoras al sistema de salud y a las condiciones

⁴⁴⁹ El demandante también alega que con la negativa sobre la denuncia interpuesta, hay derechos difusos de los ciudadanos afectados. La Sala indicó al respecto lo siguiente: “Por otra parte, y en cuanto al hecho que la demanda ha sido presentada en defensa de los derechos difusos que derivan de la protección de la salud pública, quienes suscriben estiman que no le asiste razón a la demandante. En efecto, esta Sala en Resolución de 12 de marzo de 1993, señaló que ‘los intereses o derechos difusos son aquellos en los cuales existe una indeterminación de sus titulares dado su carácter supra- individual, una indivisibilidad del bien jurídico sobre el cual recaen y una ausencia de relación jurídica ente sus titulares’. De lo señalado anteriormente se desprende que, en las demandas de plena jurisdicción, ciertamente, no solo están legitimados para presentarlas quienes se encuentren directamente afectados por el acto administrativo, sino también aquellos que tengan “... un derecho colectivo en el que sí existe relación jurídica entre los titulares, o un derecho difuso...”. (Cfr. Registro Judicial. Págs. 91-95). Sin embargo, en el presente caso, a juicio del resto de la Sala, la firma demandante no es titular de un derecho difuso que la legitime a interponer demanda de plena jurisdicción, pues, ella no tiene un interés legalmente tutelado en las resultas del proceso, por cuanto la comercialización del producto que efectúa Cryogas de Centroamérica, S.A. no interesa ni afecta de manera directa a la actora”.

⁴⁵⁰ El artículo 73 de la Ley 38 de 2000, permite a un particular interponer ante la institución en la cual se está desarrollando un procedimiento administrativo una “advertencia de inconstitucionalidad” o una “advertencia de ilegalidad”, si considera que alguna norma en el primer caso, o algún acto administrativo en el segundo, aún no aplicado, pero que eventualmente se pueden aplicar dentro del procedimiento, tiene visos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, dependiendo de cada caso. “Artículo 73. La autoridad que advierta o a la cual una de las partes le advierta que la norma legal o reglamentaria que debe aplicar para resolver el proceso tiene vicios de inconstitucionalidad, formulará, dentro de los dos días siguientes, la respectiva consulta ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o reglamentaria haya sido objeto de pronunciamiento por dicho Tribunal. De igual manera, cuando la autoridad advierta o alguna de las partes le advierta que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo que debería aplicar para ‘resolver el proceso, tiene vicios de ilegalidad, dentro de los dos días siguientes, someterá la consulta respectiva ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o acto haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala. En uno y otro supuesto, la autoridad seguirá tramitando el proceso hasta colocarlo en estado de decisión, pero solo proferirá esta una vez el Pleno de la Corte Suprema de Justicia o la Sala Tercera, se hayan pronunciado sobre la consulta respectiva”.

laborales, incluyendo un incremento salarial a los médicos y odontólogos al servicio del Estado”.

Como se puede advertir, la Sala Tercera ante la posibilidad de admitir recursos contra actos administrativos definitivos que no necesariamente crean, modifican o extinguen una relación jurídica, (a pesar de la decisión del magistrado sustanciador de admitir los recursos, en muchos de los casos) ha optado por la inadmisión a trámite de los mismos.

A pesar de la falta de apertura del contencioso a otras situaciones (a los otros actos administrativos), si se pueden observar en nuestra jurisprudencia casos aislados que podrían representar la puerta de entrada para que sea tomado en cuenta el concepto amplio de derecho administrativo cuando hay de por medio violación de los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares.

Entre los casos aislados, podemos destacar el Auto de 25 de febrero de 2008⁴⁵¹, que luego de la apelación de la Procuraduría de la Administración, y un tercero interesado, confirmó la admisión de una demanda de nulidad contra la “ilegalidad del sello de aprobación que la Oficina Regional de la Dirección General de Catastro del Ministerio de Economía y Fianzas plasma en los planos” como lo señaló la Procuraduría en su apelación, y que, de acuerdo con sus consideraciones “no constituye un acto definitivo que decide directa o indirectamente el fondo de la situación controvertida”. La Sala sostuvo que el acto de aprobación de los planos, no es un acto de mero trámite sino un acto definitivo y por lo tanto demandable ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

A través de Auto de 19 de enero de 2010, la Sala Tercera inadmitió una demanda de plena jurisdicción para que se declarasen nulas, por ilegales, “la decisión del consejo

⁴⁵¹ “Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por la firma forense Rosas y Rosas en representación de la compañía inmobiliaria cabañas blancas, S.A., para que se declaren nulos, por ilegales los actos de aprobación del plano N°40,104-21772 y del plano 40,101-31447 efectuada por la oficina regional de la Dirección General de Catastro del Ministerio de Economía y Finanzas, y de la escritura pública N°1279 de 7 de junio de 1995, del Circuito de Panamá y su inscripción en el Registro Público”.

académico en su reunión N°9-09 de 4 de marzo de 2009 que aprobó el informe DCF-2009-100 del 3 de marzo de 2009 de la Comisión de Asuntos Académicos, que recomendó adjudicar la posición de profesor regular del Departamento de Química y Física de la facultad de Ciencias Naturales, Exactas y Tecnología, al doctor Abdiel Enrique Aponte Rojas”. La Sala destacó que sobre la base de reiterada jurisprudencia, en las demandas por adjudicación de concursos, se debe impugnar el acto administrativo por el cual se adjudica el concurso y el acto administrativo que contiene el nombramiento, dado que es con base en este último acto sobre el cual la Sala puede tomar una decisión definitiva. Mediante Auto de 31 de mayo de 2010, el resto de la Sala revirtió la situación considerando que si bien el acto acusado lo constituye la Reunión No.9-09 de 4 de marzo de 2009 por medio de la cual el Consejo Académico aprobó el informe DCF-2009-100 de 3 de marzo de 2009 de la Comisión de Asunto Académicos, que decide, entre otras cosas, el concurso, lo cierto es que en dicha reunión es donde se decide el nombramiento del profesor Aponte, y el artículo 197 del Estatuto Universitario establece que los inconformes podrán interponer el recurso de impugnación contra las adjudicaciones de las posiciones sometidas a concursos, más no, contra el nombramiento; en consecuencia, el recurso contra el informe de la reunión se constituyó en el “único medio de impugnación al que podía recurrir la profesora GARCÍA contra la decisión de nombrar al Prof. Aponte, era el de reconsideración contra el Informe DCF-2009-100 de 3 de marzo de 2009 que fue aprobado en la referida reunión y no contra el nombramiento per se contenido en la Resolución (Acción de Personal) No. 09-01-04-08-345-6 de 23 de noviembre de 2009”.

Título VI

La necesidad de superar el carácter revisor de actos administrativos (Una propuesta de reforma)

A. Un modelo revisor de actos administrativos previos que requiere reformas

La pregunta que cabe hacerse en este momento de la investigación, es si es necesario superar el carácter revisor del contencioso administrativo panameño, y si esto es posible con el andamiaje constitucional de control de la Administración en Panamá. Por otro lado, si son suficientes los avances de la jurisprudencia que tratan de estirar lo más posible la camisa de fuerza que representa la Ley 135 de 1943, o si podríamos resolver el tema del carácter revisor, modificando la Ley de lo contencioso administrativo para ampliar el control de la legalidad de la actividad administrativa, de modo que actuaciones u omisiones de la Administración que no necesariamente constituyen actos administrativos de acuerdo con la concepción procesal tradicional, o que no pueden obtener real tutela a través de la ficción que representa el silencio administrativo, puedan ser atendidas por el contencioso administrativo sin necesidad de forzar el procedimiento, y sin reformar la Constitución.

Como quedó evidenciado en los títulos anteriores, ha habido, a partir de 1990, lo cual coincide con nuestro regreso a la democracia, la intención de adecuar el contencioso administrativo a doctrinas más avanzadas y acomodarlo en cierta medida a las convenciones internacionales sobre derechos humanos; no obstante, las limitaciones de la Constitución y la Ley constituyen ataduras que no permiten ir mucho más allá de las buenas intenciones.

Para avanzar más se requiere llevar a cabo reformas estructurales que permitan darle un giro al carácter revisor de la justicia administrativa panameña, de manera equilibrada, lo cual involucra desde una reforma de la Constitución Política, una nueva ley de lo contencioso administrativo, y la modificación de la Ley de procedimiento administrativo, adecuándola a la nueva estructura de acceso que se

consensue, reformas que consideramos no pueden basar el sistema de acceso al contencioso administrativo fundamentalmente en la existencia de un acto administrativo o un acto presunto impugnado, sino de pretensiones sobre actuaciones y conductas de la Administración.

El modelo revisor, acompañado de un escaso sistema de pretensiones, tiene muchas limitaciones. Piénsese en el asegurado, al cual le niega el derecho a unas medicinas, o que estas no están disponibles y solicita que se le entreguen porque tiene derecho a ellas, demandar el silencio de la Administración, o que se declare nula por ilegal la resolución que niega el medicamento solicitando la suspensión del acto, no son mecanismos eficientes para resolver problemas de este tipo.

Las iniciativas de reforma constitucional hasta la fecha no han tomado en cuenta expresamente a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos como base del control judicial de la Administración, ni se han esforzado en sentar las bases para superar el carácter revisor de los actos administrativos que está en el espíritu de la Ley 135 de 1943 y sus modificaciones.

Desde nuestro retorno a la democracia (1989) hemos tenido en Panamá dos reformas parciales a la Constitución (1994 y 2004) y en ninguna se ha planteado incorporar un título o capítulo sobre La Administración Pública, ni la reforma del acceso al contencioso-administrativo.

B. El acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Proyecto de Acto Constitucional de 2011

El Órgano Ejecutivo, a través del Decreto Ejecutivo 209 de 26 de abril de 2011 designó una Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá (conocida popularmente como la “Comisión de Notables”). En enero de 2012, el Anteproyecto de Acto Constitucional fue remitido al Consejo de Gabinete para su discusión y futuro envío a la Asamblea Nacional, sin embargo la decisión de discutirlo o no, se dilató hasta que se consideró que no era el momento oportuno para su discusión.

En el mencionado Anteproyecto de Acto Constitucional, no se previó la regulación de la Administración Pública como ente separado del Gobierno, ni se establecen principios orientadores sobre la misma, salvo en el tema de la Función Pública.⁴⁵²

No obstante, en materia de Administración de Justicia, dentro del Título que regula el Órgano Judicial, sí se innova estableciéndose principios constitucionales que podrían ayudar a interpretar de mejor manera las normas incluidas en la reforma, algunas de las cuales guardan relación con el acceso al contencioso administrativo.⁴⁵³

En cuanto al contencioso administrativo, el esfuerzo se concentró en modificar la estructura constitucional anacrónica que en opinión de un gran sector de juristas panameños, impide actualmente la desconcentración del control judicial de la Administración, el cual de acuerdo con la Constitución vigente está en manos de “La Corte Suprema de Justicia”, y en consecuencia, en una de sus salas. En el Anteproyecto ahora se permite expresamente la existencia de tribunales con competencia sobre esta materia recayendo en la Ley la facultad para crearlos.⁴⁵⁴

⁴⁵² Tal como lo indica la exposición de motivos del Anteproyecto, y no le falta razón en que sea un motivo de preocupación, ya que hemos fracasado como Estado en la tarea de adoptar un régimen de servicio público sobre la base del mérito, tal cual lo ordena la Constitución Política, “Uno de los aspectos más elaborados es el de los servidores públicos. Se incluyen capítulos sobre los principios rectores de la función pública, suspensión de las leyes de carrera, repetición del Estado por responsabilidad de los servidores públicos, y un significativo apartado que incorpora a la Constitución la Junta de Apelación y Conciliación. Esta entidad, responsable en la vía gubernativa de la tutela de los derechos de los servidores públicos, hasta ahora no ha demostrado tener el vigor institucional para dotar del impulso necesario, desde la Administración, a las carreras públicas. Se ha considerado oportuno, al tiempo de reconocer una justa equiparación de derechos entre los servidores públicos y los empleados del sector privado, el dotar de mayor fortaleza a la entidad responsable de juzgar la vulneración de esos derechos. Como parte de las carreras en el servicio público, se incluye la Carrera de Instrucción, y la Carrera Bomberil”.

⁴⁵³ **Artículo 339.** Principios procesales. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley substancial. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. Las leyes procesales se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios: 1. Simplificación de los trámites; 2. Economía procesal; 3. Ausencia de formalismos; 4. Uniformidad; 5. Eficacia; 6. Inmediación; 7. Celeridad; 8. Contradicción; 9. Concentración; 10. Constitucionalización del proceso; 11. Legalidad; 12. Debida motivación.

Artículo 340. Principios de la función judicial. Los jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución y la ley. Los servidores judiciales aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos judiciales. No fallar en los términos legales da lugar a responsabilidad. Los jueces son personalmente responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

⁴⁵⁴ **Artículo 366.** Sala Tercera de la Corte Suprema. La jurisdicción contencioso-administrativa será ejercida principalmente por la Sala Tercera de la Corte Suprema. La ley determinará la forma en que otros tribunales integrarán y ejercerán la jurisdicción y la distribución entre ellos del control de la legalidad”.

Con relación a las competencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se mantiene prácticamente la redacción del numeral 2 del artículo 206 de la Constitución, con algunos ligeros cambios como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Constitución de 1972	Anteproyecto de Acto Constitucional (2012)
<p>Artículo 206 (Texto Único). La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales las siguientes:</p> <p>1...</p> <p>2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.</p> <p>Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país."</p>	<p>Artículo 365. Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto ejercer el control judicial de la legalidad de los actos, omisiones, resoluciones, órdenes, normas o disposiciones, de carácter administrativo que ejecuten, adopten, expidan o en las que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los servidores públicos o entidades nacionales, provinciales, comarcales, municipales y los servidores de las entidades públicas autónomas o semiautónomas y determinar la responsabilidad estatal por la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos.</p> <p>Artículo 368. Efectos de las sentencias. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y las instancias judiciales que establezca la ley, según la distribución jerárquica y de especialización que la ley determine, podrán anular los actos acusados de ilegalidad, restablecer el derecho particular violado, estatuir nuevas disposiciones reglamentarias en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.</p> <p>Artículo 369. Legitimación activa. Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por la omisión, el acto, resolución, norma, orden o disposición, de tipo administrativo, de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país. La ley señalará las acciones ejercitables en el marco de la jurisdicción contencioso administrativa, que incluirán, entre otras, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Acción de nulidad 2. Acción de plena jurisdicción 3. Acción de reparación directa 4. Acción de lesividad 5. Acción de cumplimiento

Como se puede observar en el cuadro, lo que se propone es un desmembramiento del numeral 2 del artículo 206, más que una reforma del carácter revisor del contencioso administrativo. Sin embargo, en la propuesta, el tema del control de las omisiones tiene mayor tutela a través de la acción de cumplimiento, la cual permitiría atacar de manera más directa la inactividad formal y material de la Administración. En el artículo 371 del Anteproyecto, se regula esta acción señalándose que el objetivo es “ordenar que el servidor público o autoridad pública renuente frente a las leyes o reglamentos dé cumplimiento a una norma legal o reglamentaria o ejecute un acto administrativo en firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento”.

El desarrollo legal de esta norma permitiría a través de una nueva acción, presentar recursos contra la inactividad de la Administración, con lo cual quedaría solventado en parte el carácter revisor del contencioso administrativo; sin embargo, se habría perdido la oportunidad de superar este carácter para que el acto administrativo ocupe el lugar que le corresponde dentro del proceso contencioso administrativo, dejando de representar un límite para acudir en auxilio de la tutela judicial efectiva. En cuanto al sistema de pretensiones, se observa que la propuesta de reforma vuelve a circunscribirlas a la anulación de los actos administrativos, la restitución del derecho particular violado, y a estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas.

Con relación a la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos y la responsabilidad estatal por la misma, mencionada en el artículo 365 del Anteproyecto, y las indemnizaciones que haya lugar por el restablecimiento del derecho particular violado se regulan expresamente dentro de un capítulo dentro del título XIV, denominado “Hacienda Pública”, estableciéndose los parámetros para que el Estado responda patrimonialmente en caso de daños ocasionados por el mismo, o con motivo de su “actividad administrativa irregular”, lo cual incluye “el error judicial”.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ “**Capítulo III. Responsabilidad Patrimonial del Estado. Artículo 460.** Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

De manera que el futuro seguramente nos debatiremos entre el modelo español (intermedio), el modelo de amplitud de objeto y pretensiones desvinculadas del acto y de las actuaciones administrativas adoptado por Costa Rica, o un modelo mixto como el colombiano, lo cual dependerá del debate que se de en el proceso constituyente o la fórmula de reforma de la Constitución que se vaya a adoptar en el año 2015. De esta reforma a su vez, depende el respaldo que reciban, la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos dentro del proceso contencioso administrativo.

Si observamos el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica, propuesto por D. Jesús González Pérez desde hace más de 10 años, la recomendación sobre el objeto y los medios de control es el modelo intermedio (a semejanza del español), de pretensiones sobre las actuaciones administrativas (dentro de lo cual se incluye el concepto amplio de acto administrativo), la inactividad y las vías de hecho, pero con un esquema de pretensiones ampliado⁴⁵⁶,

Artículo 461. Indemnizaciones. Las partidas necesarias para el pago de indemnizaciones que deba asumir el Estado panameño en cumplimiento de resoluciones judiciales, de acuerdos que pongan fin a conflictos jurídicos y de laudos arbitrales, sean cualesquiera de ellos de carácter nacional, internacional o supranacional, serán incluidas en el proyecto de Presupuesto General del Estado.

Es obligación del Estado cumplir con las decisiones ejecutoriadas que se dicten en su contra en un plazo no mayor de tres años. Las entidades que hayan generado los actos que deban ser indemnizados tienen la obligación de incluirlas en sus anteproyectos de presupuesto y de remitir oportunamente la documentación que sustenta esas indemnizaciones, al ministerio responsable de preparar el proyecto de Presupuesto General del Estado. Este ministerio garantizará la inclusión de las partidas destinadas a indemnizaciones en el presupuesto correspondiente de las entidades a las que se haya adjudicado la responsabilidad por los actos que deban ser indemnizados. El ministro que en función de su cargo deba presentar el proyecto de Presupuesto General del Estado responderá personalmente de la no inclusión de las partidas destinadas a las indemnizaciones.

Artículo 462. Control judicial de la administración. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en las situaciones de fuerza mayor y de caso fortuito ajeno al Estado o a los servidores públicos, siempre que la lesión sea a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos prestados directamente por el Estado.

Artículo 463 Indemnización por error judicial. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

⁴⁵⁶ “Capítulo Tercero. Objeto del proceso administrativo. Sección primera.- Actuación administrativa.

Artículo 15.- Actuación administrativa. La pretensión fundada en Derecho Administrativo podrá deducirse en relación con: a) Una disposición general de rango inferior a la ley y las dictadas por delegación legislativa, en cuanto excedan los límites de ésta. b) Un acto o la inactividad de un ente público o de un particular en ejercicio de una función administrativa. c) La actuación material constitutiva de vía de hecho...

Artículo 18.- Inactividad de la Administración. 1. Si formulada alguna petición fundada en Derecho Administrativo al Estado u otra Entidad pública o a un particular en el supuesto a que se refiere el apartado 3 del artículo anterior, no se notificase su decisión en el plazo de tres meses, se entenderá desestimada la petición, a los solos efectos de poder deducir la pretensión procesal. 2. Si el

posiblemente pensado para la realidad de muchas legislaciones en Iberoamérica que se encuentran en un estadio inicial, revisor de actos administrativos y disposiciones administrativas, con matizaciones y adecuaciones, pero con las serias limitaciones a la tutela de derechos e intereses legítimos, como hemos visto en el caso panameño.

C. Una propuesta de reforma

Tal vez lo mejor para Panamá, cuando se tome la decisión firme de reformar la jurisdicción contencioso administrativa, y se den las primeras discusiones repensando el objeto del contencioso y los medios de control, sería un “modelo intermedio”, donde:

1. El acto administrativo es objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, pero no la medida del acceso a esta jurisdicción.,
2. Se contemple un esquema de pretensiones más amplio que le brinde coherencia al sistema y permita demandar conductas que afecten derechos subjetivos e intereses legítimos.
3. Se abandone el modelo impugnatorio – anulatorio, que obliga a acudir la mayoría de las veces a la figura del silencio administrativo para la defensa frente a las omisiones de la Administración.
4. Existan mecanismos eficientes para atacar la inactividad de la Administración, tanto formal como material.
5. Se incluya un sistema de recursos con un mínimo de formalidades y donde se eliminen las diferencias entre las distintas clases de recursos que crean confusión y representan obstáculos a la tutela judicial efectiva.

ordenamiento jurídico-administrativo impusiere una obligación que no precisara actos de aplicación individual, las personas legitimadas según el artículo 10, podrán demandar su cumplimiento ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo, previa reclamación ante el órgano competente de la entidad pública, si la reclamación no se hubiere satisfecho en el plazo de un mes, lo que constituirá título ejecutivo según el artículo 67.5...

Artículo 21. Tipos de pretensiones. 1. El demandante podrá pretender la declaración, constitución, y condena que fuesen necesarias para restablecer el orden jurídico perturbado, incluso la indemnización de daños y perjuicios. 2. Si la pretensión se dedujera en relación con una disposición general solo podrá demandarse su nulidad y no la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados, salvo que la redacción pretendida fuese la única que permitiera adecuar la disposición a las de rango superior infringidas”.

De seguro las estadísticas sobre la mora judicial en la Sala Tercera, influirán en el debate sobre el objeto y los mecanismos de acceso al contencioso administrativo que en el futuro se adopten. Actualmente no se cuenta con estadísticas oficiales sobre mora judicial en esta Sala de la Corte, sin embargo tuvimos acceso a estadística básica sobre entrada y salida de expedientes, y creamos un cuadro, donde se pueden observar las entradas y salidas de los últimos cuatro años por tipo de proceso, lo cual nos permite llegar a la conclusión de que la mora judicial histórica en esta Sala es bastante elevada, y será un elemento a debatir frente a cualquier reforma, que pretenda ampliar el objeto del contencioso administrativo en Panamá sobre la base de un abierto abanico de pretensiones sobre acciones, omisiones y conductas de la Administración que vulneren derechos subjetivos e intereses legítimos.

Negocios ingresados y resueltos por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 2011-2014 (Plena Jurisdicción, Reparación Directa, Indemnización, Nulidad, Contencioso de Derechos Humanos, advertencias de ilegalidad, consultas de legalidad).				
Año	2011	2012	2013	2014 (hasta octubre)
Negocios ingresados	595	530	628	501
Salidas	No disponible	486	327	840
Entradas en materia contencioso administrativa (Plena Jurisdicción, Reparación Directa, indemnización, contencioso de derechos humanos). I = Inadmisiones				
	2011	2012	2013	2014
Recursos de Plena Jurisdicción	439 (I) 175	357 (I) 115	400 (I) 144	337 (I) 34 Faltan por decidir
Reparación Directa/ Indemnización por daños y perjuicios	31 (I) 13	36 (I) 20	28 (I) 8	44 (I) 4 Faltan por decidir
Nulidad	95 (I) 29	97 (I) 30	90 (I) 33	72 (I) 10 Faltan por decidir
Protección de derechos humanos	2	1 (I) 1	1 (I) 1	38
Negocios Resueltos	No disponible	486	327	840

CONCLUSIONES GENERALES

1. El contencioso administrativo en sus orígenes, a través del modelo de justicia retenida o delegada, funcionó como un mecanismo, fundamentalmente revisor de actos administrativos previos, con un conjunto restringido de pretensiones para hacer frente a las vulneraciones de los derechos subjetivos, producto de los actos u omisiones antijurídicas en que incurría la Administración.
2. El contencioso administrativo revisor de actos previos cumplió su misión histórica de brindarle a los ciudadanos una herramienta para hacer frente a las irregularidades y abusos de la Administración, a pesar de sus limitaciones.
3. Una jurisdicción contencioso administrativa revisora de actos administrativos previos, en la actualidad, desconoce los avances en materia de derechos humanos que persiguen la defensa plena de los derechos subjetivos y los intereses legítimos frente a la arbitrariedad de la Administración. El contencioso revisor de actos administrativos, ha sido superado por un número significativo de países de Latinoamérica, entre ellos, Costa Rica y Colombia, lo cual, como tuvimos oportunidad de analizar, es el camino correcto para que los ciudadanos puedan obtener la tutela judicial efectiva frente a la vulneración de sus derechos.
4. En Panamá, este carácter revisor ha tratado de superarse a través de construcciones jurisprudenciales actualizadoras, sin embargo la normativa limita la posibilidad de que contemos con una jurisdicción plena en materia contencioso administrativa, cónsona con las tendencias más avanzadas.
5. Las Constituciones modernas, superando estas limitaciones, contemplan en la actualidad un control pleno de la legalidad de la Administración que no solamente tutela sus actos formales, sino también sus omisiones o cualquier

actuación o conducta administrativa que pueda vulnerar derechos subjetivos o intereses legítimos.

6. En los países donde se ha avanzado con relación al acceso al contencioso administrativo, la reforma de la legislación que regula esta materia ha tenido como base, Constituciones Políticas que reconocen la tutela plena de los derechos subjetivos de los particulares frente a los abusos de la Administración. En Panamá no contamos con disposiciones constitucionales que sirvan de sustento para la superación total del carácter revisor, sin embargo, mientras se da el proceso de reforma de nuestra constitución, es posible ensayar reformas para ampliar el objeto del contencioso y liberarlo parcialmente de sus carácter revisor.
7. Las Administración, en cumplimiento de sus fines, relacionados con la satisfacción del interés público, se manifiesta de diferentes formas, muchas de las cuales pueden afectar derechos subjetivos e intereses legítimos consignados en normas y procedimientos administrativos, por lo que el acto administrativo y el silencio administrativo, como objeto del contencioso administrativo, resultan insuficientes, para delimitar el sistema de acceso al contencioso administrativo, como lo evidencian los casos puntuales que tuvimos la oportunidad de analizar en el capítulo primero y tercero de esta investigación doctoral.
8. Las normas que desarrollan el contencioso administrativo tienen el reto de encontrar el equilibrio, entre la defensa de los derechos subjetivos ante una acción u omisión de la Administración, y el interés público que también debe ser protegido. Es necesario tomar en cuenta que la amplitud del objeto del proceso y las pretensiones, tampoco pueden representar excesos que

presuman que la Administración actúa con mala fe, distanciada de los intereses generales, que la paralicen o permitan que se desborde el sistema.

9. El debate sobre delimitar claramente cuando estamos frente a un acto administrativo, y si debe adoptarse un concepto amplio o un concepto restringido, regulador, con un sistema de pretensiones donde la determinación de la legalidad de dicho acto, sea uno más de los objetos de la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario para que la normativa y la jurisprudencia hablen el mismo lenguaje.
10. La adopción de un sistema en donde el acto administrativo sea uno de los objetos del control del contencioso administrativo, junto con un abanico de pretensiones para atacar conductas principalmente omisivas de la Administración, representa otorgarle a los jueces un gran poder de decisión sobre el actuar de la Administración, por lo que se hacen necesaria la adopción de todo un conjunto de remedios procesales para evitar la excesiva discrecionalidad de los jueces, introduciendo recursos como el de unificación de doctrina y el respeto a los precedentes, y la necesaria y obligatoria motivación de los cambios que experimente la doctrina jurisprudencial.
11. Es necesario sustituir el sistema anulatorio – impugnatorio con posibilidad de restitución del derecho particular violado y la solicitud de indemnización, como regla del contencioso administrativo, independientemente del modelo de acceso que se adopte. Al igual que es necesario revisar el sistema de recursos en la legislación panameña, para evitar la confusión e indefensión que produce la falta de coherencia doctrinal y normativa, cuando se diferencia entre el recurso de plena jurisdicción (subjetivo) y el recursos de nulidad (objetivo).

12. En Panamá, la doctrina jurisprudencial de la Tutela Judicial Efectiva que está aplicando la Sala Tercera de la Corte Suprema de justicia, ha servido para atenuar el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, sin embargo, además de ser insuficiente para garantizar un acceso pleno a esta jurisdicción, no ha demostrado ser uniforme y constante. Se requiere una reforma integral del sistema.
13. La Acción de Amparo de Garantías Constitucionales en Panamá, está diseñada para demandar órdenes de hacer o no hacer que afecten derechos fundamentales. Frente a las limitaciones en el acceso al contencioso administrativo y la variabilidad de la doctrina de la tutela judicial efectiva en la Sala Tercera, El Pleno ha admitido demandas en contra de situaciones, conductas u omisiones que no necesariamente se enmarcan dentro del concepto estricto o amplio de acto administrativo, no obstante, a pesar de las buenas intenciones, consideramos que el Amparo no es la vía idónea para la defensa de los derechos subjetivos vulnerados por una acción u omisión de la Administración que requiere otros cauces procesales para la plena satisfacción de las demandas.
14. Sería positivo, que al analizar el nuevo objeto del contencioso administrativo en Panamá y los medios de control, se defina si se quiere hacer una transición hacia un sistema como el español o una alteración sustancial del acceso al contencioso administrativo, colocando al acto administrativo como objeto de una específica pretensión (la de anulación), ampliando el abanico de pretensiones para las otras formas de manifestación de la Administración que puedan vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos dentro de la dinámica de la relación jurídico-administrativa.

15. El Anteproyecto de Acto Constitucional redactado en el año 2012 debió superar el contencioso al acto administrativo y dejar abierta la posibilidad expresa de que la ley desarrollara el artículo constitucional estableciendo que el recurso de plena jurisdicción no necesariamente descansa sobre la existencia previa de un acto administrativo expreso o presunto, sino también sobre violaciones de derechos subjetivos o intereses legítimos no necesariamente expresados a través de las mencionadas vías, sino de las actuaciones u otras conductas administrativas, que puedan afectar un derecho subjetivo o un interés legítimo plenamente identificado, permitiéndose a su vez, una mayor amplitud de pretensiones.
16. La reforma constitucional que se vaya a llevar a cabo producto de una constituyente, lo que forma parte de las promesas de campaña del actual Gobierno (2014-2019) debe repensar el contencioso administrativo, partiendo de la definición clara de cuál es debe ser su objeto, y del papel que se le quiere otorgar al acto administrativo dentro del esquema de control de las actuaciones y conductas de la Administración.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que se conforme una Comisión compuesta por miembros del Órgano Judicial, el Colegio Nacional de Abogados, la Academia, Abogados litigantes expertos en la materia y miembros de organizaciones de la Sociedad Civil preocupadas del tema de administración de justicia, entre otros interesados, para revisar tanto la Ley de Procedimiento Administrativo, como la legislación que regula la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá.
2. Es fundamental que esta comisión defina prioritariamente cual debe ser el nuevo objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, tomando en cuenta las nuevas tendencias en el derecho comparado, y las limitaciones de nuestra Constitución Política, pero pensando también en el proceso constituyente para reformar la Constitución, que debe empezar en el año 2015. De manera que la recomendación de esta Comisión sirva como insumo para la correcta definición del objeto y los medios de control, arriba mencionada.
3. En caso de que no se logre la reforma de la Constitución, el esquema de acceso al contencioso administrativo en Panamá no tiene muchas alternativas, no obstante, el texto de la Constitución Política panameña al haber eliminado la frase “revisor” de su texto, e incluir las omisiones como objeto del contencioso, envía un mensaje de transformación, que aunque débil, permite ensayar una reforma de la Ley 135 de 1943, reguladora de lo contencioso administrativo, a objeto de que el sistema transite del carácter

revisor de actos administrativos a uno intermedio basado en las pretensiones sobre actos, omisiones, vías de hecho y conductas administrativas, que tome en cuenta los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares, sobre la base de una doctrina de la tutela judicial efectiva, con un desarrollo normativo coherente, a semejanza del modelo Español (intermedio), pero llenando sus vacíos, fundamentalmente con relación al tratamiento de la inactividad de la Administración (para hacer frente a las carencias del silencio administrativo como solución inacabada) y de la falta de coherencia que se puede dar en ocasiones entre las pretensiones y las sentencias. Del modelo costarricense recomendamos la adopción del concepto de conducta administrativa, lo cual engloba una gran cantidad de situaciones, y el amplio abanico de pretensiones que le dan mayor coherencia a los recursos que se elijan para la defensa de los derechos e intereses conculcados.

BIBLIOGRAFÍA

I. Obras Generales Citadas y Consultadas

Ábrego Caballero, Marelissa. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá y la Tutela Cautelar. Editorial Universal Books, Panamá, s/f.

Alonso Mas, María José y **Narbón Lainez**, Edilberto. El Silencio Administrativo y su Problemática Procesal. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

Aranguren, Juan-Cruz Alli. Derecho Administrativo y Globalización. Civitas ediciones S.L., Madrid, 2004.

Araúz, Heriberto.

- Curso de Derecho Procesal Administrativo. Editorial Universal Books, Panamá, 2004.
- La Vía Gubernativa. Universal Books, Panamá, 2010.

Arias García, Fernando. Estudios de Derecho Procesal Administrativo (Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso) Publicación del sello editorial Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2013.

Arboleda Perdomo, José Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Editorial Legis, segunda edición, Bogotá, Colombia, 2012.

Bacigalupo, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel. Los Desafíos de la Justicia Contencioso-Administrativa del Siglo XXI. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

Barnes, Javier.

- (Coordinador) La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994.

- (Editor) Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo. Editorial Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla España, e Instituto de Administración Pública, segunda Edición, renovada y ampliada, 2012.
- Bauzá Martorell**, Felio José. Procedimiento Administrativo Electrónico. Editorial Comares, S.L., Granada, España, 2002.
- Beladiez Rojo**, Margarita. Validez y Eficacia de los Actos Administrativos. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.
- Benavides Pinilla**, Victor Leonel. Compendio de Derecho Público Panameño. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2012.
- Bermejo Vera**, José. Derecho Administrativo Básico (Parte General). Editorial S.L., Civitas Ediciones, Madrid, 2012.
- Bernal H., Manuel A.; Carrasco A., José A.; Domingo C., Lastenia M.** Manual de Derecho Administrativo Panameño. Litho Editorial Chen, Panamá, 2013.
- Betancur Jaramillo, Carlos.** Derecho Procesal Administrativo. Editorial Señal Editora, Medellín, Colombia, Séptima Edición, 2009.
- Blanquer**, David. Derecho Administrativo Volumen 1º y 2º. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- Bocanegra Sierra**, Raúl.
 - El concepto de acto administrativo. En Estudios de derecho público económico; libro homenaje al profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo
 - (Coordinador Luis Cosculluela Montaner), Editorial Civitas, España, 2003.
 - La Teoría del acto administrativo. Editorial Iustel, Madrid, 2005.
 - Lecciones sobre el Acto Administrativo, Editorial Aranzadi S.A., cuarta edición, Madrid, 2012.
- Boquera Oliver**, José María. Estudios sobre el Acto Administrativo. Editorial Civitas, Madrid, 1982.
- Brewer-Carías**, Allan. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, editorial Legis, 2003.
- Briceño de Valencia**, Martha Teresa y **Zambrano Cetina**, William (Coordinadores) A.V. Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código (Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011) Publicación del Consejo de Estado y el Banco de la República, Bogotá, Colombia, 2011. Publicado en la WEB en

<http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/0DOCUMENTO%20INST%20DEL%20DERECHO%20ADM%2021nov.pdf>

Cano Campos, Tomás. Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo Tomo III (La Actividad de las Administraciones Públicas). Editorial Iustel, Madrid, 2009.

Cedeño Alvarado, Ernesto. Los Recursos Legales Formales en el Proceso Administrativo. Universal Books, s/f.

Cassagne, Juan Carlos y **González Pérez**, Jesús. La Justicia Administrativa en Iberoamérica. Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005.

Córdoba Ortega, Jorge (Compilador). Temas de las Ley de Administración Pública y del Código Contencioso Administrativo. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2009, 329 p.

Coscolluela Montaner, Luis. Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Aranzadi S.A. décimo octava edición, Navarra, España, 2007.

Creo Bay, Horacio D. La morosidad administrativa y las técnicas para su control en el Derecho Administrativo, obra colectiva homenaje a Miguel Marienhoff. (Juan Carlos Cassagne – Coordinador). Editorial Abeledo-Perrot, España, 1998.

Chavarro Cadena, Jorge Enrique y **Ortegón Ortegón**, Luis Gilberto. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo: comentarios, concordancias, doctrina, jurisprudencia. Editorial Nueva Legislación Ltda, Colombia, 2012.

Diez, Horacio. La Impugnación de los Actos Administrativos contractuales en Derecho Procesal Administrativo, Libro Homenaje a Jesús González Pérez. Juan Carlos Cassagne (Director). Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Edley Jr. Christopher. Derecho Administrativo. Reconocer el Control Judicial de la Administración Pública (Traducción de Angel Manuel Moreno). Instituto de Administración Pública, Madrid, 1994.

Entrena Cuesta, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos, decimotercera edición, Madrid, 1999.

Escuín Palop, Vicente.

- El acto administrativo implícito. Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999.
- Elementos de Derecho Público. Editorial Tecnos, sexta edición, Madrid, 2010.

Fernández Farreres, Germán. Sistema de Derecho Administrativo. Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2012.

Fernández Fernández, Juan José y Castillo Vásquez, Isabel. Manual de Notificaciones Administrativas, Ediciones Civitas, segunda edición, Madrid, 2004.

Fernández Torres, Juan Ramón. Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.

Fernando Pablo, Marcos M.; González Bustos, María Angeles; González Iglesias, Miguel A.; Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio. Fundamentos de Derecho Administrativo, Editorial Ratio Legis, Salamanca, España, tercera edición actualizada, 2014.

Galera, Rodrigo. Sistema Europeo de Justicia Administrativa. Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

Gamero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos, Madrid, cuarta edición, 2007.

Gallego Anabitarte, Alfredo (Autor principal). Acto y Procedimiento Administrativo (Obra Colectiva), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001.

García de Enterría, Eduardo.

- Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Editorial Taurus, segunda edición, Madrid, España, 1982.
- Hacia una nueva Justicia Administrativa. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1992.
- Problemas del Derecho Público al Comienzo de Siglo. Editorial Civitas, Madrid, España, 2001.
- Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional ¿Un Cambio de Paradigma? Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2007.

García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo I, Editorial Civitas, Decimosexta edición, Madrid, 2013.

García Pérez, Marta. El Objeto del Proceso Contencioso Administrativo. Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 1999.

García-Trevijano Fos, José Antonio. Los Actos Administrativos, Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1991.

Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, parte general, volumen I, editorial Tecnos, decimotercera edición, 2002.

Garrido Falla, Fernando y **Fernández Pastrana**, José María. Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/92) Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1995.

Garrido Falla, Fernando. **Palomar Olmeda**, **Alberto** y **Losada González**, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Volumen I, editorial Tecnos, décimocuarta edición, Madrid, 2005.

Gómez Puente, Marcos. La Inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S.A., segunda edición, Navarra, España, 2000.

González Cano, María Isabel. La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España 1997.

González Navarro, Francisco. La “Conversión del acto administrativo” en Derecho Administrativo, obra colectiva homenaje a Miguel Marienhoff. (Juan Carlos Cassagne – Coordinador). Editorial Abeledo-Perrot, España, 1998.

González, Rigoberto. Los Desafíos de la Justicia Constitucional Panameña. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá, 2002.

González Pérez, Jesús y **González Navarro** Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, de 26 de noviembre), Tomo I, Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1999.

González Pérez, Jesús. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998 de 13 de julio), Tomo I, Editorial Civitas, cuarta edición, Madrid, 2003.

González-Varas Ibañez, Santiago.

- Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1999.
- La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- Tratado de Derecho Administrativo. Civitas ediciones, Madrid, 2012.

Goytia F., Víctor. Las Constituciones de Panamá. Litografía e Imprenta LIL, S.A., Tibás. Costa Rica. Segunda edición, 1987.

Hines Céspedes, César y Hernández Rodríguez, Magally (Compiladores). Apuntes de Derecho Administrativo. Apuntes de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2008.

Hoyos, Arturo. El Derecho Contencioso Administrativo en Panamá. Editorial Sistemas Jurídicos, Panamá, 2006.

Huergo Lora, Alejandro. Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo. Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2000.

Jinesta Lobo, Ernesto.

- Manual del Proceso Contencioso – Administrativo. Editorial jurídica continental, San José, Costa Rica, 2009.
- La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Editorial Guayacán, San José, Costa Rica, 1999.

Jiménez, Manrique. Jinesta Lobo, Ernesto. Milano, Aldo. González, Oscar. El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006.

Jimenez Meza, Manrique.

- La Legitimación Administrativa. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, Costa Rica, tercera edición, 2000.
- Derecho Constitucional y Administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2005.
- Derecho Constitucional y Administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José Costa Rica, 2012, IV edición ampliada.

Jované, Jaime.

- Principios Generales de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2011.
- (Director) Extractos jurisprudenciales en materia Contencioso-Administrativa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá (año 2000), Editorial La Antigua, Universidad Santa María la Antigua, 2012.
- (Director) Extractos jurisprudenciales en materia Contencioso-Administrativa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de

Panamá (año 2001- 2002), Editorial La Antigua, Universidad Santa María la Antigua, 2012.

López Olvera, Miguel Alejandro. La instancia Administrativa. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2008.

López Pellicer, José. Lecciones de Derecho Administrativo Tomo I. DM, Librero-Editor, quinta edición, Murcia, España, 2000.

Machado Muñoz, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Editorial Iustel, Madrid, España, 2009.

Medina Morales, Diego. Los Derechos Subjetivos del Estado y los Derechos Subjetivos contra el Estado, dentro de la obra Colectiva: El Positivismo Jurídico a Exámen, estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca España, 2006.

Mairal, Héctor. “Los meros pronunciamientos administrativos”, en Derecho Administrativo, obra colectiva homenaje a Miguel Marienhoff. (Juan Carlos Cassagne – Coordinador). Editorial Abeledo-Perrot, España, 1998.

Martín Mateo, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Aranzadi, decimosexta edición, Madrid, 2007.

Martín-Retortillo, Sebastián. Instituciones de Derecho Administrativo, editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2007.

Medina Morales, Diego. Los Derechos Subjetivos del Estado y los Derechos Subjetivos contra el Estado. Dentro de la obra colectiva: El Positivismo Jurídico a Examen. Ramos Pascua y Rodilla González (Editores). Ediciones Universidad Salamanca, España, 2006.

Molino Mola, Edgardo. Legislación Contenciosa Administrativa Actualizada y Comentada. Universal Books, segunda edición revisada y ampliada, Panamá, 2010.

Montezanti, Néstor Luis. Suspensión del Acto Administrativo. Editorial Astrea, segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 2009.

Mora Espinoza, Álvaro Enrique. “El deber de hacer de la Administración” (Supuestos de inactividad y su tratamiento jurisdiccional). Editorial Investigaciones Jurídica S.A., San José, Costa Rica, 2009.

Moreno Correa, Antonio. Nociones generales sobre la jurisdicción contencioso administrativa. Litho editorial Chen, Panamá, 2013.

Morgan Jr. Eduardo. Los Recursos Contencioso Administrativos de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño. Editorial Talleres Gráficos, 1982.

Muratorio, Jorge. “Los actos administrativos tácitos e implícitos”, en Derecho Administrativo, obra colectiva homenaje a Miguel Marienhoff. (Juan Carlos Cassagne – Coordinador). Editorial Abeledo-Perrot, España, 1998.

Palomar Olmeda, Alberto. La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos (A propósito de la Ley de acceso electrónico a las Administraciones Públicas), Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2007.

Palomar Olmeda, Alberto (Coordinador) Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Tomo I, Parte General, Procedimientos Contencioso-Administrativos. Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2012.

Parada, Ramón.

- Derecho Administrativo I, Parte General, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., décimo octava edición, Madrid, 2010.
- Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., segunda edición, Madrid, 2012.

López Pellicer, José A. Lecciones de Derecho Administrativo Tomo I (Introducción, Concepto y Fuentes. La relación jurídico-administrativa: sujeto, actos y contratos administrativos). DM librero-editor, Murcia, España, 2000.

Soto Kloss, Eduardo. “La noción de acto administrativo en el Derecho Chileno” en Derecho Administrativo, obra colectiva homenaje a Miguel Marienhoff. (Juan Carlos Cassagne – Coordinador). Editorial Abeledo-Perrot, España, 1998.

Ortiz Ortiz, Eduardo. “Tesis de Derecho Administrativo”. Tomo I. Editorial Stradtman, S.A. San José, Costa Rica, 1998.

Parejo Alfonso, Luciano. Derecho Administrativo, Editorial Ariel, 2003.

Penagos, Gustavo.

- El Acto Administrativo. Tomo I y II. Ediciones Doctrina y Ley, Novena Edición, Bogotá, Colombia, 2011.
- El Silencio Administrativo, Ediciones Doctrina y Ley, Segunda Edición, Bogotá, Colombia, 2013.

Parada, Ramón. Derecho Administrativo I, Parte General, Editorial Marcial Pons, Decimooctava edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

Rebollo, Luis Martín. Leyes Administrativas (edición preparada por), Editorial Aranzadi, décima edición, Navarra, 2004.

Rojas Franco, Enrique.

- Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. Colegio Nacional de Abogados de Costa Rica, segunda edición, San José, Costa Rica, 2008.
- Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Edilex S.A., Guayaquil, Ecuador, 2007.
- Derecho Administrativo de Costa Rica. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- La Suspensión del Acto Administrativo en la Vía Administrativa y Judicial. Mundo Gráfico S.A., San José, Costa Rica, 1999.

Rodríguez R. Libardo.

- Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis, décimo sexta edición, Bogotá, Colombia, 2008.
- Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Edilex S.A., Guayaquil, Ecuador, 2007.

Rodríguez – Arana Muñoz, Jaime. El Bueno Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas. Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2006.

Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime. **Benavides Pinilla**, Víctor Leonel. **Sheffer Tuñón**, Javier Ernesto. **Sendín García**, Miguel Ángel. (Editores). Derecho Administrativo Iberoamericano (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores) Memorias del Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá, 2009.

Rodríguez de Santiago, José María y Velasco Caballero, Francisco. Derecho Administrativo Parte General. Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2011.

Rosado, Pacheco (Coordinador) A.V. Modelos de Justicia Contencioso-Administrativa. Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

Sánchez de la Torre, Ángel y **Hoyo Sierra**, Isabel Araceli (Editores). La Relación Jurídica. Editorial Dykinson, Madrid, 2012.

Santamaría Pastor, Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2004.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.

- Tratado de Derecho Administrativo (Contencioso Administrativo). Tomo I. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá. Colombia, 2002.
- Tratado de Derecho Administrativo (Acto Administrativo). Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, cuarta edición, 2003.
- Tratado de Derecho Administrativo (Contencioso Administrativo). Tomo III. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Colombia, 2004.

Sheffer Tuñon, Javier E.

- El Procedimiento Administrativo en Panamá. Editorial Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2002.
- Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2010.

Varios Autores (VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Laureano López Rodó). El Procedimiento Administrativo y el Control Judicial de la Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001.

Varios Autores. Cuestiones de Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Ediciones RAP, Buenos Aires 2006.

Varios Autores. La Administración Pública que España Necesita. Círculo de Empresarios, Madrid, 2007.

Varios Autores. Sala Atienza, Pascual. Las instituciones del Derecho Administrativo en la Jurisprudencia. Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2011.

Villalobos Soto, Joaquín. Guía para Litigar en el Proceso Contencioso Administrativo. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2008, 264 p.

Zambrano Cetina, William. (Coordinador).

- Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Autores Varios. Publicación del Consejo de Estado disponible en la dirección WEB: <http://www.consejodeestado.gov.co/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20CCA.pdf>
- Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Publicación del Consejo de Estado y del Banco de la República de Colombia, 2012. Autores Varios. Disponible en la dirección WEB: <http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/0DOCUMENTO%20INST%20DEL%20DERECHO%20ADM%2021nov.pdf>

II. Artículos de Revistas Jurídicas

Aguilar Valdez, Oscar R. El Acto Administrativo Regulatorio. Revista Documentación Administrativa (El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales) Septiembre 2003-Abril 2004, N°267-268, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2004.

Altamira Gigena, Julio Isidro. Actos Administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas. Revista Documentación Administrativa (El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales) Septiembre 2003-Abril 2004, N°267-268, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2004.

Bauer, Hartmut. ¿Transformación Radical en la Doctrina del Derecho Administrativo?. Revista Documentación Administrativa N°234 abril-junio de 1993. El Derecho Administrativo en Alemania Tendencias Actuales. INAP, Madrid, 1993.

Bocanegra Sierra, Raúl.

- El concepto de acto administrativo. Revista General de Derecho Administrativo N°2, Editorial Iustel, 2003.
- La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos. Revista Española de Derecho Administrativo N°152 de 2012.

Bocanegra Sierra, Raúl y García Luengo, Javier. La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad. Revista de Administración Pública Número 172, enero-abril de 2007.

Carrasco, José Antonio. Características del acto administrativo y la ley 38 de 2000. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, San José, Costa Rica, año 5, N°5 de 2005.

Cassagne, Juan Carlos. Reflexiones sobre la justicia administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, San José Costa Rica, Año 3, N°3, 2003.

Cera Cantillo, Gabriel René.

- El desconocimiento del precedente jurisprudencial: ¿una nueva causal de nulidad de los actos administrativos en Colombia? Boletín N°30 del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Sergio Arboleda, abril – junio, 2012 Disponible en:

http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/Boletin-No-30.pdf

- ¿Garantía o Limitación al Derecho Fundamental de Petición? El acto ficto o presunto. Boletín N°30 del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Sergio Arboleda, enero – marzo, 2012 Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletin_29/garantia_o_limitacion.pdf

Danós Ordoñez, Jorge. Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones “que causan estado”. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, San José Costa Rica, Año 3, N°3, 2003.

De Tocqueville, Alexis. El Antiguo Régimen y la Revolución. Editorial Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, México, 1996.

Díez Sastre, Silvia. La fuerza vinculante del precedente administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo N°143 de 2012.

Duque Arbeláez, Juan Pablo. Consideraciones acerca de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expide y se adopta el nuevo “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Boletín N°30 del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Sergio Arboleda, abril – junio, 2012.

Disponible

en:

http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/Boletin-No-30.pdf

Expósito Vélez, Juan Carlos. “El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativos (Ley 1.437 de 2.011) requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del Derecho Administrativo colombiano: la nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y las denominadas controversias contractuales”. Publicado en la Revista Digital de Derecho Administrativo N°6, 2do semestre 2011. Disponible en la dirección WEB: http://colombiaaldia.co/estados/boletines/boletin_8_2012/Doctrina/comentarios%20sobre%20el%20nuevo%20codigo%20contencioso.juan%20carlos%20expósito.pdf

Fernández-Espinar, Luis Carlos. El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. La Necesaria Revisión de la Construcción Dogmática del Mito de la Discreción y su Control. Revista Jurídica de Castilla y León, N°26, enero de 2012. Versión digital disponible en: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/813/15/Fernandez%20Espinar.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobh>

Garrido Falla, Fernando. La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) N°82, abril-junio de 1994.

Gesta Leal, Rogerio. “O controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, San José, Costa Rica, año 5, N°5 de 2005.

Gil Ibañez, José Luis. El Carácter Revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Revista Actualidad Administrativa, N°2 de 2009, Madrid, 2009.

Gómez, Marcos. La impugnación jurisdiccional de la inactividad de la Administración. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) No 107, julio-septiembre de 2000.

González Botija, Fernando. Los Otros Actos Administrativos y su Acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Revista de Administración Pública N°167, mayo-agosto de 2005, Madrid, España.

González Navarro, Francisco. El silencio administrativo: ficción, trampa y caos. Revista Jurídica de Navarra N°30, año 2000.

González Pérez, Jesús.

- Procedimiento Administrativo y Proceso Administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo No 99, julio-septiembre de 1998.
- Los obstáculos del acceso a la Justicia Administrativa. Revista Española de Derecho Administrativo No 83, julio-septiembre de 1994.
- El Procedimiento Administrativo como presupuesto del Proceso Administrativo. VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó, dedicadas a “El Procedimiento Administrativo y el Control de la Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001.
- Principios del Procedimiento Administrativo en la Legislación Hispano-Americana. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, San José Costa Rica, Año 3, N°3, 2003.
- Código Procesal Administrativo. Modelo para Iberoamérica. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, San José Costa Rica, Año 3, N°3, 2003.

Hernández, José Ignacio. El objeto del procedimiento administrativo y las vis expansiva del Derecho Administrativo Venezolano. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, San José, Costa Rica, año 6, N°6 de 2006.

Huergo Lora, Alejandro.

- La teoría del acto administrativo. Revista española de derecho administrativo N°126, 2005. (Reseña del libro la Teoría del Acto Administrativo. Bocanegra Sierra, Iustel, Madrid, 2005)
- Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada. Revista de Administración Pública N°189, Madrid, España, 2012.

Jinesta Lobo, Ernesto.

- “La Construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano: reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos”. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo N°11, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, San José, Costa Rica, 2011.
- “La Nueva Justicia Administrativa en Costa Rica”. Revista de Administración Pública N°179, Madrid, España, mayo/agosto de 2009.

Laguado Giraldo, Roberto. Actos administrativos por medios electrónicos, Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, número 105, junio 2003.

Lorca Navarrete, Antonio María. La Garantía a Obtener la Tutela Judicial Efectiva en el Ejercicio de Intereses Legítimos. La Legitimación de la Parte. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje N°2 de 2009. Universidad del País Vasco, 2009.

Mejía, Jerónimo. Artículo publicado en “Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional”. Cuaresma Terán, Sergio J., y Pichardo Rafael Luciano (Directores). Publicación del Instituto de Estudios e Investigación Jurídica, Nicaragua, 2011, p.676 y ss. (Edición digital)

Meilán Gil, José Luis. El acto administrativo como categoría jurídica. Revista de Derecho Público, N°121, España, 2010.

Mejía Alfonso, Rafael Enrique. Ejecución y vigencia de la ley frente a la actividad administrativa y frente al contencioso administrativo: la acción de cumplimiento en la reforma del CCA. Revista Digital de Derecho Administrativo N°4, segundo semestre/2010, disponible en la dirección WEB: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=2769>.

Monti, Laura. La teoría jurídica del acto administrativo. Revista Documentación Administrativa (El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales) Septiembre 2003-Abril 2004, N°267-268, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2004.

- Morón, Miguel Sánchez.** El acceso a la tutela judicial contencioso administrativa en la reciente jurisprudencia constitucional. Revista Justicia Administrativa N°32 de 2006, Editorial Lex Nova, S.A.
- Müller-Grune, Sven.** La perspectiva alemana sobre el acceso a la Justicia en la vía contencioso-administrativa y el derecho a un proceso con todas las garantías. Revista de Derecho Público, N°7-8. Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, San José, Costa Rica, enero-diciembre, 2008.
- Muñoz Chacón, Francisco.** El silencio administrativo ¿ficción o realidad?. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, San José Costa Rica, Año 6, N°6, de 2006.
- Nieto, Alejandro.** La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Justicia Administrativa, Número Extraordinario (1999), Editorial Lex Nova S.A.
- Peñalver I Cabré, Alexandre.** Nuevos instrumentos para la aplicación de la legislación ambiental ante la inactividad administrativa. De las acciones ciudadanas (citizen suits) al Convenio de Aarhus. Revista de Administración Pública N°172, Madrid, enero-abril de 2007.
- Penarrubia, José María.** Proceso del acto, carácter revisor de la jurisdicción y eliminación de obstáculos para el acceso a los Tribunales: tres sentencias del TC sobre la Administración y el derecho a la tutela judicial efectiva. Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, N°91, Julio – Septiembre de 1996.
- Salmerón, Manuel Fernández.** Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: Hacia algunas quiebras en la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos. Revista de Administración Pública N°154, Madrid, España, 2001.
- Sánchez Morón, Miguel.** Sobre la situación de la justicia administrativa en los albores del siglo XXI. Revista de Administración Pública N°154, Madrid, España, 2001.
- Sanjur, Olmedo.** El Derecho Administrativo Panameño. Revista “Iustitia Et Pulchritudo” Nos 19 y 20, editorial La Antigua, Universidad Santa María la Antigua, Panamá, 2003-2004.
- Santamaría Dacal, Ana Isabel.** Defensa e ilustración de una Administración que se juzga a si misma. Revista de Administración Pública N°154, Madrid, España, 2001.

Sarria Olcos, Conzuelo. “Acciones o Pretensiones Contencioso Administrativas”.

Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Administrativo, realizadas en la Universidad Externado de Colombia, durante el 7, 8 y 9 de septiembre de 2010, publicadas en la Revista Digital de Derecho Administrativo N°4, 2do semestre de 2010, disponible en la dirección WEB: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=2769>.

Sacristán, Estela. Principios Generales del Procedimiento Administrativo. Revista Documentación Administrativa (El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales) Septiembre 2003-Abril 2004, N°267-268, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2004.

Sesín, Domingo. El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. Revista Documentación Administrativa, núms. 269-270, 2004, Madrid.

Soriano García, José Eugenio. El derecho administrativo y los desafíos del siglo XXI. Revista Española de Derecho Administrativo N°150 de 2012.

Stortoni, Gabriela. El Acto Administrativo Informático. Revista Documentación Administrativa (El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales) Septiembre 2003-Abril 2004, N°267-268, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2004.

III. Diccionarios y Enciclopedias

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, decimosexta edición, Buenos Aires, 1983.